Die Annahme der Erbschaft durch den Nacherben vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Max Gabriel
Referendar.

Oppeln.
Druck von Joseph Wolff.
1913.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meiner Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543108_0093

Inhalts-Verzeichnis.

A. **Einleitung.** Seite

§ 1. Uebersicht über die Behandlung der Aufgabe 1

B. **Ausführung.**

Die Annahme der Erbschaft durch den Nacherben vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge.

I. Abschnitt: „Erbfall und Eintritt des Falles der Nacherbfolge" in ihrer Bedeutung für den Vor- und Nacherben

§ 2. Uebersicht über die geschichtliche Entwicklung der Nacherbschaft 2

§ 3. Feststellung, für welche Nacherben eine Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt der Nacherbfolge evtl. in Betracht kommt 4

§ 4. Die Rechtslage mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge, a) auf Seiten des Vorerben 5

§ 5. b) auf Seiten des Nacherben 6

§ 6. Das Ergebnis der Betrachtung 9

II. Abschnitt: A. Kritische Betrachtung der Ansichten und deren Begründung, dass der „Eintritt des Falles der Nacherbfolge" als „Erbfall" anzusehen ist, und dass daher auf ihn die für den „Erbfall" geltenden Vorschriften Anwendung finden. Es wird erörtert die Ansicht:

§ 7. von Herzfelder in v. Staudingers Kommentar zum BGB. . 10

§ 8. im Kommentar zum BGB. von Reichsgerichtsräten . . . 11

§ 9. von Meischeider in seinem Werke: Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB. 13

§ 10. von Kipp in Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. 14

§ 11. von demselben Schriftsteller in Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 20

§ 12. von Planck im Kommentar zum BGB., 1. und 2. Aufl. . . 20

§ 13. von Dernburg in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 23

§ 14. des Oberlandesgerichts München in seiner Entscheidung vom Jahre 1907 24

§ 15. Das Ergebnis der Betrachtung der §§ 7—14 26

B. Kritische Betrachtung: 1. von weiteren Gründen, die gegen die Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge angeführt werden.

§ 16. Die Entstehungsgeschichte des § 2142 27

§ 17. Die Anführung der Ausschlagung als argumentum a contrario gegen die Zulässigkeit der Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt der Nacherbfolge 32

2) von Zweckmässigkeitsrücksichten, die gegen die Zulässigkeit einer solchen Annahme sprechen sollen.

§ 18. Die Vornahme der zur Sicherung der Nacherbschaft bestimmten Handlungen muss als „stillschweigende Annahme" der Erbschaft angesehen werden. Das ist aber eine grosse Härte für den Nacherben und spricht daher gegen die Zulässigkeit der Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge 37

§ 19. In der Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge liegt die Gefahr einer wirtschaftlichen Schädigung des Nacherben, da bis zum Eintritt der Nacherbfolge die Erbschaft völlig verändert sein kann. 39

§ 20. C. **Kurze Schlussbemerkung** 43

Literatur-Verzeichnis.

Binder, Julius: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Teil, Leipzig 1905.

Böhm, J.: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Hannover 1900.

Brachvogel: In Gruchots Beiträgen, Bd. 50 S. 64 ff.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl. Jena 1904.

Czyhlarz, v.: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, 7. und 8. Aufl., Wien-Leipzig 1905.

Dernburg: Das bürgerliche Recht, Bd. V Erbrecht. Halle a. S. 1905. (Jetzt neue Auflage von Engelmann, 1911.)

Dernburg: Lehrbuch des deutschen Privatrechts, III. Bd., 3. Aufl., Halle a. S. 1884.

Dernburg: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 3, Berlin 1892.

Drewes: Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 198/99.

Du Chesne: Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. VIII, S. 534 ff.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. III, Berlin 1899 und 3.—5. Aufl., Berlin 1900.

Engelmann, Arthur: Das bürgerliche Recht Deutschlands, 4. Aufl., Berlin 1909.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 61, 67.

Fischer-Henle: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerkungen. 7. Aufl., München 1906.

Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht, IV. Bd., 6. Aufl., Berlin 1893.

Frommhold, Georg: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1900.

Gaupp-Stein: Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. 8. und 9. Aufl., Tübingen 1908.

Glaser: Deutsche Juristenzeitung 1908, S. 241 ff.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt nach der Legalordnung des ALR. I. Bd. Berlin 1900.

Grosse, Walter: Die Stellung des Universalfideikommissars im Vergleich mit der Stellung des Nacherben. Leipzig 1905.

Hachenburg M.: Studien zum Erbrecht des Entwurfs eines BGB. für das Deutsche Reich. 1. Heft: Die Einsetzung eines Nacherben. Mannheim 1895.

Hellwig, Konrad: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Kommentar des BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. II. Bd. Nürnberg 1910.
Kuhlenbeck, Ludwig: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. III. Bd. 2. Aufl. Berlin 1904.
Landsberg, Ernst: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Hälfte. Berlin 1904.
Matthias, Bernhard: Das Lehrbuch des bürgerlichen Rechts mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechts, 5. Aufl. Berlin 1910.
Meischeider, F.: Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1900.
Meyer, Paul: Das Erbrecht des BGB. für das Deutsche Reich. 1.—5. Lieferung. Marburg 1905.
Mitteis: Röm. Privatrecht, I. 1908.
Motive zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin-Leipzig 1888.
Neumann: Handausgabe des BGB. II. Bd. 3. Aufl. Berlin 1903.
Peiser, Heinrich: Handbuch des Testamentsrechts, 2. Aufl. Berlin 1907.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum Einführungsgesetz. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1902. 3. Aufl. Berlin 1908.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. V. Bd., Berlin 1899.
Reatz: Die zweite Lesung eines BGB. für das Deutsche Reich, unter Gegenüberstellung der ersten Lesung. Berlin 1896.
Salinger: Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 19, S. 138 ff.
Seuffert, J. A.: Blätter für Rechtsanwendung, 72. Jahrg. 1907.
Sokolowski: Philosophie im Privatrecht, II.
Staudinger, v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, nebst Einführungsgesetz, V. Bd. Erbrecht, München 1902. V. Bd. Erbrecht, München 1910.
Strohal, Emil: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Bd. 3. Aufl. Berlin 1903. II. Bd. 3. Aufl. Berlin 1904.
Thiesing: Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 94.
Wäntig: In der Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1906.
Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. III, 8. Aufl. (bearbeitet von Dr. Theod. Kipp), Frankfurt a. M. 1901, III. Bd. 9. Aufl. (bearbeitet von Kipp), Frankfurt a. M. 1906.
Wilke, Richard: Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz mit Kommentar in Anmerkungen, Bd. V, das Erbrecht, Berlin 1900.
Wlassak: Vindikationslegat in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom, Abt. 31 (1910).

A. Einleitung.

§ 1.

Übersicht über die Behandlung der Aufgabe.

Die Frage, ob der Nacherbe vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge die Erbschaft annehmen kann, ist streitig. Eine Anzahl Schriftsteller bejaht sie, ebenso viele sind anderer Meinung. Der Weg, auf dem wir die Lösung der Frage am besten erreichen, ist m. E. folgender:

Unter eingehender Berücksichtigung der Materialien zum BGB. und unter Beachtung der einschlägigen Literatur wollen wir in einem ersten Abschnitt zunächst die Bedeutung des Erbfalles, d. h. des Todes des Erblassers für den Vor- und den Nacherben uns vor Augen führen. Denn darauf ist das Hauptgewicht zu legen, ob man den Eintritt des Falles der Nacherbfolge als „Anfall der Erbschaft" an den Nacherben anzusehen hat, oder ob auf den Eintritt der Nacherbfolge die für den „Erbfall" geltenden Vorschriften, vor allem der § 1946 anzuwenden ist. Dies ist, wie wir bei der Behandlung unserer Aufgabe sehen werden, der springende Punkt. Demnach ist die Klarlegung des Verhältnisses vom Erbfall zum Eintritt des Falles der Nacherbfolge für unsere Stellungnahme zu der im Thema gestellten Frage von entscheidender Bedeutung. In einem zweiten Abschnitt wollen wir alsdann die gegen die Möglichkeit der Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge sprechenden Ansichten und deren Begründung kritisch prüfen, und sehen, ob sie stichhaltig sind. Hieraus folgt alsdann mit Notwendigkeit das Endergebnis. Denn halten wir die Gründe für berechtigt, so kommen wir zu einer Verneinung, halten wir sie dagegen für nicht stichhaltig, so bildet die Widerlegung der Ansicht, dass die Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge unzulässig ist, gleichzeitig einen Beweis für die Zulässigkeit einer solchen Annahme, und wir kommen somit zur Bejahung der im Thema gestellten Frage.

B. Ausführung.

I. Abschnitt.

„Erbfall“ und „Eintritt des Falles der Nacherbfolge“ in ihrer Bedeutung für den Vor- und Nacherben.

§ 2.

Übersicht über die geschichtliche Entwicklung der Nacherbschaft.

Nach römischem Recht[1]) galt der Grundsatz: semel heres, semper heres; es war daher ausgeschlossen, dass mehrere Erben nacheinander in einen Nachlass folgten. Im Laufe der Zeit stellte sich nun das Bedürfnis heraus, dem Erblasser die Möglichkeit zu gewähren, seinen Nachlass ganz oder zum Teil von dem heres auf einen anderen übergehen zu lassen. Die Rechtsform, in der dies geschehen konnte, war das fideicommissum hereditatis. Heres konnte freilich nur einer sein, nämlich der Fiduziar. Um nun eine der Universalsuccession gleiche Wirkung hervorzubringen, wandte man die Form des Erbschaftskaufes an. Der mit dem Fideikommis beschwerte Fiduziar verkaufte dicis causa die ganze Erbschaft oder einen Teil derselben für einen Scheinpreis (nummo uno) dem Fideikommissar. Letzterer und der Fiduziar schlossen alsdann die stipulationes venditae et emptae hereditatis. Durch die stipulatio venditae liess sich der Fiduziar, der ja auch nach Restitution der Erbschaft Erbe blieb, versprechen, dass der Fideikommissar ihn gegen etwaige Ansprüche der Gläubiger des verkauften Nachlasses defendieren werde, und der Fideikommissar wiederum liess sich durch die stipulatio emptae hereditatis das Versprechen geben, dass der Fiduziar ihm etwaige Nachlassaktiva, falls sie noch zum Nachlass später hinzukämen, herausgeben werde.[2]) Einen Schritt weiter ging die Rechtsentwickelung durch das S. C. Trebellianum. Nunmehr bedurfte es nicht mehr eines Vertrages, um Aktiva und Passiva der Erbschaft dem Fideikommissar übertragen zu können, sondern ipso iure gingen mit der Abtretung der Erbschaft seitens des Fiduziars an den Fideikommissar alle Klagen

1) Endemann a. a. O. Bd. 3 S. 157 Anmerk. 17. — Dernburg Pand. Bd. 3 S. 102. — Karlowa, römische Rechtsgeschichte, Bd. II S. 875, 876. — Vergl. auch D. XXVIII 5. 1. 89.

2) Vergl. Czyhlarz, a. a. O. S. 351 *ff.*

aktiv und passiv auf den letzteren über. So entstand das Universalfideikommis, das in Form des Vermächtnisses die Möglichkeit bot, dass an die Stelle des ersten Universalsuccessors, des Fiduziars, der Fideikommissar trat. Rechtlich ist zwar noch immer der Fiduziar allein Erbe, aber er hat nur den Namen eines solchen, die Stellung aber eines Erben hat der Fideikommissar. Ihm stehen alle actiones des Erben als utiles zu. Das ist im wesentlichen auch der Standpunkt des römischen Rechts zur Zeit Justinians. Zu bemerken wäre nur noch eine durch das S. C. Pegasianum (75 n. Chr.) herbeigeführte Veränderung. Danach konnte nämlich der Fiduziar bei freiwilligem Antritt ein Viertel der Erbschaft als Quarta Falcidia für sich in Abzug nehmen. Trat er dagegen die Erbschaft nicht an, so konnte er hierzu gezwungen werden, verlor aber den Quartabzug. Mit dieser Aenderung ist das Universalfideikommis gemeines Recht geworden.[1]) Einen Umschwung führten die neueren Gesetzgebungen herbei. Man brach mit dem Grundsatze des römischen und gemeinen Rechts, semel heres, semper heres, und liess die successive Folge mehrerer Erben nacheinander zu. So zuerst das ALR. I, 12 §§ 53, 466 f.; ferner das österreichische Gesetzbuch §§ 608 ff. und das sächsische Gesetzbuch §§ 2005, 2053 ff. Das Institut als solches aber heisst im ALR. und auch im österreichischen Gesetzbuch unzutreffend „fideikommissarische Substitution". Unter diesem Namen findet sich auch die Substitution in den schweizerischen Rechten vor Erlass des schweizerischen Zivilgesetzbuchs von 1907. Sie schliesst sich im allgemeinen an das gemeinrechtliche Institut des Fideikommisses an. Sowohl in den deutschen als auch in den welschen Kantonen ist der Standpunkt der, dass eine Substitution, wenn überhaupt zulässig, nur in beschränktem Masse zugelassen ist.

Was die rechtliche Stellung des Substituierten anlangt, so wird in der Regel der instituierte Erbe als Erbe des Verordnenden und der Nacherbe als Erbe des Instituierten aufgefasst. Allerdings erwirbt der instituierte Erbe die Erbschaft nur unter einer vom Nacherben zu beaufsichtigenden Auflage. Das Gesetzbuch von Zug dagegen spricht im § 315 vom Zweitbedachten

1) Vergl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 119. — Windscheid a. a. O. §§ 662 f. — Gaius Inst. de fideic. her. II 23.

als Erben, der von dem Erstbedachten als blossen Nutzniesser Sicherung der Erbschaft verlangen kann. Ebenso ist auch der Standpunkt des Erbgesetzes von Baselstadt (§§ 69—71). Diese Verschiedenheit der rechtlichen Stellung des Nacherben ist durch das schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 beseitigt worden. Die Substitution ist nunmehr als „Nacherbschaft" bezeichnet. Diese Bezeichnung und im allgemeinen auch die Definition des Nacherben stimmen mit dem BGB. überein. Desgleichen auch im allgemeinen die Bestimmungen der art. 489 bis 492. Im Gegensatz zum BGB. ist jedoch gemäss art. 488 Abs. 2 die Nacherbschaft nur beschränkt zugelassen, insofern, als dem Nacherben die Pflicht, die Erbschaft an einen anderen auszuliefern, nicht auferlegt werden kann. [Vergl. Bd. II S. 245—257 v. Huber: System und Geschichte des schweizerischen Zivilrechts (Basel 1888).]

Im BGB. wird hierfür „im Anschluss an die neuere Theorie" die Bezeichnung Nacherbfolge gebraucht.[1])

§ 3.

Feststellung, für welche Nacherben eine Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt der Nacherbfolge evtl. in Betracht kommt.

Nach § 2100 BGB. heisst „Nacherbe" derjenige, „der erst Erbe wird, nachdem zuerst ein anderer Erbe geworden ist". Während also zwischen dem Eintritt des „gewöhnlichen" Erben in die Erbenstellung keine Lücke vorhanden ist, muss, wie Landsberg richtig sagt, „zwischen dem Eintritt des Nacherben und dem Erbfall eine Lücke liegen".[2]) Die Nacherbeinsetzung ist, wie schon aus dem Wort selbst hervorgeht, eine Erbeinsetzung.[3]) Demnach gelten für die Nacherbeinsetzung auch die gleichen Berufungsgründe, wie für die gewöhnliche Erbeinsetzung, das sind also Gesetz und Verfügung von Todeswegen, nämlich Testament und Erbvertrag. Danach unterscheidet man eine sogen. konstruktive und eine gewollte Nacherbfolge, je nachdem sie

1) Vergl. Endemann, a a. O. S. 164, Anm. 2/3; Paul Meyer a. a. O. S. 251—257; Windscheid, a. a. O. S. 276 ff ; Dernburg, Pr. Pr. R. §§ 156—160; Förster-Eccius, a. a. O. § 275; Mot. V, Bem. zu § 1804.

2) Vergl. Landsberg, a. a. O. S. 1104.

3) „ Mot. V, S. 81.

auf dem einen oder dem anderen Berufungsgrunde beruht.[1]) Doch von diesen beiden Gruppen von Nacherben kommen natürlich nur diejenigen bezüglich einer evtl. Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge in Betracht, die auch für die Ausschlagung vor diesem Zeitpunkt in Frage kommen. Es muss demnach der Nacherbe selbstverständlich zur Zeit des Erbfalles existieren und individuell bestimmt sein. Daher scheiden diejenigen aus, die im Falle des § 2101 BGB. in Verbindung mit § 2106 Abs. 2 und des § 2104 BGB. Nacherben werden; denn im ersten Falle kommt als Nacherbe ein nasciturus in Betracht, und im zweiten werden die Nacherben erst beim Nacherbfall bestimmt. Ein bestimmtes Rechtssubjekt ist somit in beiden Fällen zur Zeit des Todes des Erblassers als Nacherbe noch nicht vorhanden. Im übrigen finden natürlich die Vorschriften des allgemeinen Teils des BGB. über die rechtswirksame Abgabe einer Willenserklärung entsprechend Anwendung.

§ 4.

a) Die Rechtslage mit dem Eintritt des Erbfalles auf Seiten des Vorerben.

Für die Frage, ob der Nacherbe schon vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge die Erbschaft annehmen kann, ist, wie wir im folgenden sehen werden, die Frage von entscheidender Bedeutung, ob der Eintritt des Falles der Nacherbfolge als „Erbfall“ oder als „Anfall der Erbschaft“ des „Erblassers“ anzusehen ist. Zu einer Entscheidung dieser Frage aber können wir nur gelangen, wenn wir uns die Rechtslage, die der Erbfall, d. h. der Tod des Erblassers, in Bezug auf Vor- und Nacherben schafft, vor Augen führen.

Wie bereits oben gesagt, wird der Vorerbe mit dem Erbfall Erbe. Er wird also Eigentümer der Nachlassgegenstände, Gläubiger der Nachlassforderungen, Schuldner der Nachlasspassiven u. s. f. Er ist somit wie der gewöhnliche Erbe „Herr der Erbschaft und kann über sie schalten und walten“.[2]) Allein die Erbschaft ist ihm nur unter einer auflösenden Bedingung

1) Vergl. Prot. VI, Bd. V S. 92; Hachenburg, a. a. O. S. 6 ff.; Strohal I, a. a. O.; S. 164 und Anm. 4.

2) Vergl. Prot. II, Bd. V, S. 92.

oder Zeitbestimmung übertragen. Daher ist auch sein Recht an der Erbschaft kein unbeschränktes. Auf die dem Vorerben angefallene Erbschaft wartet ein anderer, der Nacherbe. An letzteren erfolgt mit dem Erbfall nicht etwa ein gleichzeitiger Anfall des Nachlasses des Erblassers, wie an den Vorerben „Zwei Erben, die nicht Miterben sind, gleichzeitig und auf denselben ganzen Nachlass, ist logisch etwas Unmögliches.“[1])

§ 5.

b) Auf Seiten des Nacherben.

Der Tatbestand des „Erbeseins“ ist für den Nacherben mit dem Erbfall noch nicht erfüllt. Die Rechtsordnung zeichnet jedoch schon die einstweilen vorliegenden Tatbestandsstücke dadurch aus, dass sie ihnen eine besondere Vorwirkung beilegt, die freilich von der des vollendeten Tatbestandes, der vorliegend mit dem Nacherbfall eintritt, erheblich verschieden ist.[2])

Diese Vorwirkung besteht darin, dass der Vorerbe gewisse gesetzlich genau festgestellte Verpflichtungen gegenüber dem Nacherben hat (vergl. § 2116 ff. BGB.), sowie ferner darin, dass er hinsichtlich des Nachlasses mit dinglicher Wirkung gegen Dritte in gewisser Beziehung beschränkt wird.[3]) (Vergl. § 2113 ff. BGB.) Es besteht, wie es bei Planck heisst, eine gegenständliche Gebundenheit der Erbschaft zu Gunsten des Nacherben.[4])

So sind auch Verfügungen über einen Nachlassgegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter, falls nämlich der Vorerbe Gemeinschuldner ist, dem Nacherben gegenüber unwirksam. Vorausgesetzt ist hierbei natürlich, dass diese Massnahmen nicht von einem Nachlassgläubiger, sondern von einem persönlichen Gläubiger des Vorerben geltend gemacht werden, sowie ferner, dass es sich um die Geltendmachung eines Rechts handelt, über das ohne Einwilligung des Nacherben seitens des Vorerben rechtswirksam nicht verfügt werden kann. (Vergl. § 2115 BGB.; 773 ZPO.; 128 KO.[5])

1) So Brachvogel, a. a. O. S. 65 ff.
2) Vergl. Jahrbuch des Rechts Bd. 1,1 S. 56.
3) „ Brachvogel, a. a. O. S. 70.
4) „ Planck, 3. Aufl., S. 396 Anm. b.
5) Strohal, I. S. 182/83, Planck, 3. Aufl. S. 396/97.

Aus dem Gesagten erhellt, dass diese Vorwirkung nicht eine blosse Aussicht oder Hoffnung ist. Sie verdichtet sich vielmehr mit dem Erbfall zu einer „Anwartschaft dinglicher Natur auf den Nachlass". Der Nacherbe hat daher bereits ein Recht im subjektiven Sinne, eine gesicherte Erwerbsberechtigung.[1]) Hierzu kommt, dass diese Anwartschaft gemäss § 2108 Abs. 2 BGB. in der Regel vererblich ist. Diese vererbliche Anwartschaft, die mit dem Erbfall beginnt, nennt Strohal „Voranfall". Da aber unter dieser Bezeichnung die Fälle, wo der Nacherbe keine vererbliche Anwartschaft erlangt, nicht inbegriffen sind, wollen wir mit dem Ausdruck „vorläufiger Anfall" beide Arten der Anwartschaft, vererbliche wie unvererbliche, bezeichnen.[2])

Das subjektive Recht des Nacherben, die Anwartschaft, wird mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge zum wirklichen Erbrecht. Bis dahin befindet es sich in der Schwebe, und zwar ist es aufschiebend bedingt oder befristet. Es stellt somit ein aufschiebend bedingtes oder befristetes absolutes Recht vor, das sich mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge auf den Nachlass als Ganzes erstreckt. Es ist also ein Recht, „das der Verteilung der geldwerten wirtschaftlichen Güter dient".[3]) Hieraus und aus der Vererblichkeit folgt, dass es übertragbar und somit auch pfändbar ist.

Auf diesem Standpunkt steht auch das Reichsgericht im 67. Bande seiner Entscheidungen in Zivilsachen.[4]) Allerdings ist dort nur von der Anwartschaft des Nachvermächtnisnehmers die Rede. Aber dieser hat ja mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge nur ein obligatorisches Recht, und was von dieser Anwartschaft gilt, muss erst recht für die Anwartschaft des Nacherben gelten, der doch mit dem Eintritt der Nacherbfolge ein dingliches Recht erwirbt. Das Reichsgericht führt folgendes aus: „Der in einer letztwilligen Verfügung Bedachte hat, solange der Testator lebt, in der Tat nur eine blosse Hoffnung oder Aussicht. Es fehlt an jeder rechtlichen Gebundenheit des Erblassers oder seiner Erben oder des Nachlasses dem Bedachten gegenüber. Anders mit dem Eintritt des Erbfalles. Nunmehr

1) So Dernburg, B. R. Bd. V. III. Aufl. 1911 S. 164.
2) So Paul Meyer, a. a. O. S. 271, Anm. 8.
3) Gaupp-Stein, a. a. O. S. 672, 676.
4) Vergl. auch R. G. E. i. Z. Bd. 65 S. 144.

ist nicht nur die letztwillige Verfügung endgültig und unwiderruflich, sondern sie tritt jetzt auch nach aussen in Kraft und Wirksamkeit, und damit ist die bis dahin fehlende rechtliche Beziehung des Bedachten zum Nachlasse geschaffen, die von der blossen Erwerbshoffnung oder Aussicht zur rechtlich gesicherten Anwartschaft führende Brücke hergestellt. Die Erwerbsaussicht des Bedachten ist nicht mehr einer künftigen Forderung vergleichbar, der es an einer Grundlage fehlt, sondern einer Forderung, deren Grundlage bereits unabänderlich feststeht, und deren Entstehung nur noch von einer ungewissen künftigen Tatsache abhängt, also eine aufschiebend bedingte Forderung."

Wird dem Nachvermächtnisnehmer eine aufschiebend bedingte Forderung zugestanden, so folgt hieraus mit Notwendigkeit für den Nacherben, dass ihm ein aufschiebend bedingtes oder befristetes Erbrecht mit dem Erbfall zusteht. Jener erlangt mit dem Erbfall in Höhe des Nachvermächtnisses eine Forderung gegen den Erben, wird also dessen Gläubiger, dieser wird mit dem Erbfall Erbe. Weiterhin aber können wir sagen, dass das aufschiebend bedingte oder befristete Erbrecht des Nacherben mehr bedeutet als „zukünftiges Erbrecht", blosse Hoffnung oder Aussicht, Erbe eines noch Lebenden zu werden. Der Unterschied zwischen der Anwartschaft des Nacherben und einem künftigen „Erbewerden" ist demnach der, dass bei ersterer das „Erbewerden" mit dem Erbfall auf „unabänderlicher rechtlicher Grundlage" beruht, und nur die Entstehung von einer ungewissen zukünftigen Tatsache oder einer Zeitbestimmung abhängig ist. Bei letzterer aber ist eine rechtliche Grundlage überhaupt noch nicht vorhanden. Es ist in der Tat eine blosse Hoffnung oder Aussicht, Erbe zu werden, der jedoch jede rechtliche Grundlage fehlt. Das ist der grosse Unterschied zwischen der Anwartschaft des Nacherben und der Anwartschaft jemandes, einmal Erbe zu werden.

Mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge wird das aufschiebend bedingte oder befristete absolute Recht zum Vollrecht, jetzt wird der Nacherbe ipso iure und iure proprio Universalsuccessor des Erblassers.

So ist die Stellung des Nacherben beim Eintritte des Erbfalles, bei dem vom BGB. als Regel bezeichneten Fall der

Nacherbfolge. Im praktischen Leben aber ist die vom BGB. als Ausnahme behandelte sogen. befreite Vorerbschaft oder Nacherbfolge auf den „Ueberrest“ die Regel. Es ist zu letzterer zu bemerken, dass sie die Lage des Vorerben freier gestaltet. Nur unentgeltliche Verfügungen des Vorerben haben dem Nacherben gegenüber mit dem Eintritt der Nacherbfolge keine Wirkung. (§ 2113 Abs. 1; vergl. aber auch 2113 Abs. 3.) Im übrigen hat aber auch der befreite Vorerbe die in den §§ 2113 Abs. 2, 2115, 2121, 2122 BGB. genannten Verpflichtungen dem Nacherben gegenüber.

§ 6.

Das Ergebnis der Betrachtung.

Mit dem Erbfall wird der Vorerbe Erbe im Sinne des Gesetzes. Aber er erlangt die Erbschaft nur auflösend bedingt oder befristet und muss mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge die Erbschaft an den Nacherben herausgeben. An den Nacherben erfolgt mit dem Erbfall ein „vorläufiger Anfall“, der ein aufschiebend bedingtes oder befristetes absolutes und regelmässig vererbliches Recht ist. Diese Anwartschaft steht aber nicht lediglich auf dem Papier, sondern äussert gewisse auf Seite 6 bis 8 dargelegte Rechtswirkungen, wodurch dem Nacherben schon vor dem Eintritte der Nacherbfolge gewisse Befugnisse in Bezug auf die Erbschaft eingeräumt sind. Ferner hat diese Anwartschaft einen Verkehrswert und kann übertragen, verkauft und gepfändet werden. Der Nacherbe kann die bis dahin „zukünftige Erbschaft“ gemäss § 916 Abs. 2, § 935, 936 ZPO. gegenüber Beeinträchtigungen seitens des Vorerben sichern.[1]) Diese Selbständigkeit des „Rechts“ des Nacherben vor dem Eintritt der Nacherbfolge zeigt sich ferner noch beim Konkurs des Vorerben. Zwar fällt die Erbschaft in die Konkursmasse, aber Verfügungen des Konkursverwalters sind gemäss § 2115 BGB. und § 128 KO., soweit sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden, ausgeschlossen. In praktischer Beziehung ist demnach der Nacherbe vor dem Eintritt der Nacherbfolge tatsächlich wie ein Aussonderungsberechtigter gestellt, obwohl er jedoch die Stellung eines solchen erst mit

1) Vergl. Peiser, a. a. O. S. 92.

dem Eintritt der Nacherbfolge erlangt; denn jetzt erst wird er Eigentümer der Nachlassgegenstände etc.[1])

Tritt nun die Bedingung oder Zeitbestimmung ein, so hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und aus dem aufschiebend bedingten oder befristeten Erbrecht wird ein „Erbesein", aus dem „vorläufigen Anfall" ein Anfall der Erbschaft im Sinne des § 1942 BGB. Unrichtig ist es demnach, wenn Herzfelder[2]) sagt, dass der Erbfall „bei bedingter oder befristeter Erbeinsetzung mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termines" erfolgt; denn danach wird nicht der „Anfall", sondern der „Erbfall" zeitlich hinausgeschoben. Dass dies unzutreffend ist, geht aus unserer Darlegung des Verhältnisses vom Erbfall und Eintritt des Falles der Nacherbfolge hervor.[3]) Zur Klarlegung dieses Verhältnisses war die vorgehende Erörterung der Rechtslage vom Vorerben und Nacherben mit dem Erbfall unbedingt notwendig. Von welcher Wichtigkeit dies für die Behandlung unseres Themas ist, wird die folgende Darlegung ergeben.

II. Abschnitt.

A. Kritische Betrachtung der Ansichten und deren Begründung, dass der „Eintritt des Falles der Nacherbfolge" als „Erbfall" anzusehen ist, und dass daher auf ihn die für den „Erbfall" geltenden Vorschriften Anwendung finden.

§ 7.

Die Ansicht von Herzfelder in v. Staudingers Komm. z. BGB.

Nach Herzfelder ist der Eintritt der Nacherbfolge als Erbfall im Sinne des Gesetzes anzusehen. Da nun gemäss § 1946 Annahme sowie Ausschlagung der Erbschaft erst mit dem Erbfall erfolgen können, ist grundsätzlich weder Annahme noch Ausschlagung vor diesem Zeitpunkt möglich. Für die Ausschlagung besteht nun aber in § 2142 Abs. 1 eine Ausnahme von dieser in § 1946 aufgestellten Regel. Als Ausnahme muss § 2142 Abs. 1 strikt ausgelegt werden, und daher ist eine

1) Vergl. Planck, 3. Aufl. a a. O. S. 397.
2) „ Herzfelder in v. Staudingers Komm. 1902, a. a. O. S. 70 Anm. 3.
3) „ auch Böhm, a. a. O. S. 8; Planck, 3. Aufl a. a. O. S. 56, Anm. b.

Annahme vor dem Eintritt der Nacherbfolge (die ja nach Herzfelder als „Erbfall“ zu gelten hat) unzulässig. Da wir im I. Abschnitt nachgewiesen haben, dass durch die Bedingung oder Zeitbestimmung nicht der Erbfall, sondern der Anfall der Erbschaft hinausgeschoben wird, ist Herzfelders Meinung, dass die Annahme vor dem Eintritt der Nacherbfolge nicht erfolgen dürfe, zu verwerfen.[1])

M. E. lässt sich noch ein anderer Grund für die von diesem Schriftsteller vertretene Ansicht anführen. Sie kann nämlich auch auf einer Gleichstellung von „Erbfall“ und „Anfall der Erbschaft“ beruhen. Wir hätten es alsdann mit einer Meinung zu tun, wie sie in folgender Stelle zum Ausdruck kommt.

§ 8.

Die Ansicht im Kommentar zum BGB. von Reichsgerichtsräten.

„§ 1946 stellt für die gewöhnliche Erbfolge, bei der „Anfall der Erbschaft“ und „Erbfall“ immer zeitlich zusammentreffen (§ 1942, 1922), die Regel auf, dass der Erbe die Erbschaft nicht vor dem Anfall (hier gleich Erbfall) annehmen oder ausschlagen könne. Dieser Grundsatz würde für die Nacherbfolge dazu führen, Annahme oder Ausschlagung der Nacherbschaft nicht vor „Eintritt der Nacherbfolge“ zuzulassen; denn erst hiermit vollzieht sich nach § 2139 BGB. der Anfall der Erbschaft an den Nacherben. Abs. 1 (von § 2142) enthält deshalb eine Durchbrechung dieses Grundsatzes, wenn die Ausschlagung der Nacherbschaft schon nach dem Eintritt des Erbfalles für zulässig erklärt wird. Schon aus der Natur dieser Vorschrift als Ausnahmebestimmung folgt, dass sie nicht über ihren klaren Wortlaut hinaus, insbesondere nicht auf die Annahme der Nacherbschaft auszudehnen ist.“[2])

In der eben zitierten Stelle ist von „Anfall der Erbschaft“ an den Erben und von „Erbfall“ die Rede. Beide Ausdrücke sind dort einander gleichgestellt. Es erhebt sich nun die Frage, ob dies auch im Gesetzbuch der Fall ist oder ob „Erbfall“ und „Anfall der Erbschaft“ technische Ausdrücke sind. In den

1) Vergl. Herzfelder in v. Staudingers Komm. 1, 2, 1902 Bd V, S. 372 a. E. 373.
2) „ BGB. Komm. von Reichsgerichtsräten, II. Bd. S. 548, 549.

Motiven heisst es ausdrücklich[1]): „Die technische Bezeichnung „Anfall der Erbschaft" für den vorläufigen Erwerb der Erbschaft, welcher durch Ausschlagung noch rückgängig gemacht werden kann, entspricht der für das Vermächtnis gegebenen technischen Bezeichnung „Anfall des Vermächtnisses"." Dies ist auch der Standpunkt des BGB. Gemäss §§ 1942 und 2176 bedeutet „Anfall der Erbschaft" den Uebergang der Erbschaft auf den Erben, unbeschadet des Rechts, die Erbschaft auszuschlagen, („vorläufiger Erwerb der Erbschaft"[2]) und Anfall des Vermächtnisses, die Entstehung der Forderung seitens des Vermächtnisnehmers, unbeschadet des Rechts, das Vermächtnis auszuschlagen. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes, dass „Anfall der Erbschaft" stets den vorläufigen Erwerb der Erbschaft unbeschadet des Rechts der Ausschlagung bedeutet, scheint der § 1951 BGB. zu enthalten. Hier ist nämlich „Anfall" nicht in dem oben erörterten Sinn gebraucht. Es „fällt" in § 1951 ein Erbteil „an", ohne dass dem Erben die Befugnis zusteht, ihn auszuschlagen. Diese Abweichung wird dadurch vom Gesetzgeber wieder gut gemacht, dass er die Worte „erst später" zu „anfällt" hinzusetzt. Hieraus geht hervor, dass an dieser Stelle der Gesetzgeber von dem oben ausgesprochenen Grundsatze abweichen wollte und dies durch Hinzusetzen der beiden Worte „erst später" zum Ausdruck brachte. Daraus folgt, dass § 1951 nicht eine Durchbrechung, sondern eine Bestätigung des Grundsatzes ist: dass Anfall der Erbschaft stets den vorläufigen Erwerb unbeschadet des Rechts der Ausschlagung bedeutet.[3]) Damit hätten wir bewiesen, dass „Anfall der Erbschaft" im BGB. ein technischer Ausdruck ist, und dass somit eine Gleichsetzung von „Erbfall" und „Anfall der Erbschaft" im Gesetz nicht stattfindet. Aber auch in sachlicher Beziehung bedeuten beide Ausdrücke völlig verschiedenes. „Erbfall" ist nach § 1922 der Tod des Erblassers und „Anfall der Erbschaft" der vorläufige Erwerb der Erbschaft unbeschadet des Rechts, sie auszuschlagen. Richtig ist nun, dass mit dem Erbfall in der Regel der Anfall der Erbschaft erfolgt. Insofern hängen beide eng zusammen. Der Anfall der Erbschaft

1) Vergl. Mot. V, S. 488.
2) So Mot. V, S. 488.
3) Vergl. auch hierzu Planck, Bem. 3. Aufl. a. a. O. S. 474.

schliesst sich unmittelbar (wenigstens in der Regel) an den Erbfall an.[1]) Dagegen fallen nie „Erbfall“ und „Anfall der Erbschaft“ zusammen. In diesem Sinne ist m. E., wie auch aus dem Zusammenhang der oben zitierten Kommentarstelle hervorgeht, das Wort „zeitlich zusammentreffen“ gebraucht. Das wäre dann aber unrichtig. Mit dem Erbfall erfolgt der Anfall der Erbschaft, der Erbfall ist also Voraussetzung für den Anfall der Erbschaft an den berufenen Erben. Hieraus folgt, dass eine Gleichsetzung von Erbfall und Anfall der Erbschaft unrichtig ist. Eine solche Unrichtigkeit ist in dem oben genannten Kommentar vorhanden, denn bei Zitierung des § 1946 heisst es dort ausdrücklich „Anfall“ (hier gleich „Erbfall“). Auf diesem Fehler baut sich der ganze weitere Schluss auf, denn nur wenn „Erbfall“ gleich „Anfall der Erbschaft“ ist, kommt man zu dem Ergebnis, dass auch für den Eintritt der Erbnachfolge, weil ja jetzt erst nach § 2139 die Erbschaft dem Nacherben anfällt, die für den Erbfall gemäss § 1946 gegebene Möglichkeit der Annahme sowie Ausschlagung der Erbschaft erst in diesem Augenblick zulässig sei. Daran knüpft sich nun wieder der weitere Schluss an, dass also § 2142 Abs. 1 eine Ausnahme von § 1946 ist, da er die Ausschlagung in diesem speziellen Falle vor dem „Erbfall“ für zulässig erklärt. Da nun aber, wie bereits dargetan, Erbfall unter keinen Umständen gleich Anfall der Erbschaft an den berufenen Erben sein kann, so fällt auch der auf Grund dieser Gleichstellung aufgebaute Beweis als haltlos und falsch zusammen; m. a. W.: die in der oben angeführten Stelle aufgestellte Behauptung, dass § 2142 Abs. 1 eine Ausnahme von der Regel des § 1946 BGB. bildet, ist auf Grund des dort angeführten Beweises unrichtig.

§ 9.

Die Ansicht von Meischeider in seinem Werke: Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB.

In Uebereinstimmung mit dem oben erwähnten Kommentar steht m. E. auch die von Meischeider vertretene Ansicht. Dieser Schriftsteller nimmt zwar, wie insbesondere aus S. 283 seines Werkes hervorgeht, zu der Frage, ob die Annahme der Erbschaft

1) Vergl. auch § 2025 E. I. und die Bemerkungen bei Reatz a. a. O. S. 279.

vor dem Eintritt der Nacherbfolge zulässig sei, keine entschiedene Stellung ein.[1]) Wie aber aus dem auf Seite 279, 280 Gesagten folgt, neigt er m. E. doch der Ansicht zu, dass eine solche Zulässigkeit zu verneinen sei, und zwar aus folgendem: „Die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen, tritt also für den Nacherben schon ein, bevor ihm die Erbschaft angefallen ist, während jedem anderen Erben die Erbschaft angefallen sein muss, wenn ihm die Möglichkeit, sie auszuschlagen, gegeben sein soll." Also auch hier der Gedanke, dass die Erbschaft angefallen sein müsse, bevor sie ausgeschlagen werden kann. Dass diese Behauptung unrichtig ist, wird die Betrachtung der von Kipp vertretenen Ansicht ergeben.

§ 10.

Die Ansicht von Kipp in Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl.

Auch dieser Schriftsteller vertritt die Meinung, dass, um die Ausschlagung oder Annahme einer Erbschaft vornehmen zu können, die Erbschaft dem Erklärenden bereits angefallen sein müsse, da erst dann der Betreffende Erbe sei. Dies ist, so meint Kipp, die Absicht des Gesetzgebers. Aber auch aus den Protokollen der II. Kommission folge, dass man keineswegs bei § 1946 daran gedacht habe, jemandem, dem die Erbschaft noch nicht angefallen ist, im Voraus die Möglichkeit zu geben, für den Fall des Fortfalles eines Vorberufenen die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen. Der Zweck der Vorschrift des § 1946 sei vielmehr nur der, dass „derjenige, dem die Erbschaft angefallen ist, nicht den Beginn der Ausschlagungsfrist abzuwarten braucht".[2])

Mit dem klaren Wortlaut des § 1946 ist die Kipp'sche Ansicht unvereinbar. Denn dieser Paragraph spricht nur vom „Erbfall": „Mit dem Erbfall kann der Erbe die Erbschaft annehmen oder ausschlagen". Hätte der Paragraph zum Ausdruck bringen wollen, dass mit dem Anfall der Erbschaft das Recht, sie anzunehmen oder auszuschlagen, auf den Erben übergeht, so hätte, wie Strohal treffend bemerkt, sich dem Gesetzgeber „von selbst die Fassung aufgedrängt: Der Erbe kann die Erbschaft

1) Vergl. Meischeider, a. a. O. S. 279—283.
2) „ Windscheid, a. a. O. 8. Aufl. S. 439.

annehmen oder ausschlagen, sobald sie ihm angefallen ist."[1]) Dass Kipp's Ansicht unhaltbar ist, folgt aber aus dem Gesetze selbst:

Der erste Satz des § 1951 Abs. 2 lautet: „Beruht die Berufung auf demselben Grunde, so gilt die Annahme oder Ausschlagung des einen Erbteils auch für den anderen, selbst wenn der andere erst später anfällt." Denken wir uns folgenden Fall: Die Söhne A, B und C sind die gesetzlichen Erben des X und erhalten als solche je $^1/_3$ des Nachlasses. C schlägt sein Drittel aus (§§ 1945, 1953, 1935 BGB.). Nach § 1951 Abs. 2 Satz 1 fällt nun dieses eine Drittel A und B an, ohne dass es einer Annahmeerklärung bedarf. Es erhält somit A und B je $^1/_6$ des Erbteils des C. Dem Gesetz liegt also nach dem Gesagten der Gedanke zu Grunde, dass A und B, indem sie sich zur Annahme ihres Drittels bereit erklären, stillschweigend auch diese Annahmeerklärung auf den Fall ausgedehnt haben, dass das letzte Drittel kraft gesetzlicher Vorschrift (§ 1935) ihnen anfallen sollte. Hiernach wird also mit der Annahmeerklärung auf den bestimmten den Betreffenden als gesetzlichen Erben anfallenden Erbteil, diese Annahmeerklärung auch auf einen vorläufig dem berufenen Erben noch nicht angefallenen aber möglicher Weise anfallenden Erbteil eines von ihnen ausgedehnt. Es folgt somit aus dieser Bestimmung, dass das Gesetz sehr wohl, obgleich ein Anfall der Erbschaft noch nicht stattgefunden hat, doch eine Annahme- oder Ausschlagungserklärung für zulässig erachtet.[2]) Es muss allerdings darauf hingewiesen werden, dass wir es hier nicht mit einem „besonderen" Erbteil zu tun haben, sondern mit einem solchen, der nach § 1935 nur bezüglich der Beschwerungen als besonderer Erbteil im Sinne des § 1922 gilt. Zweifel könnten sich aber erheben, ob die Annahme und Ausschlagung vor dem Anfall auch bei einem besonderen Erbteil zulässig ist. Was wir jedoch für den „nicht besonderen" Erbteil nachgewiesen haben, gilt auch, wie wir sofort sehen werden, für einen selbständigen „besonderen" Erbteil. Es sei noch erwähnt, dass für den Fall, dass A, B und C auf Grund letztwilliger Verfügung berufen sind, man gemäss §§ 2094, 2095 zum gleichen Ergebnis kommt.

1) Vergl. Planck, 3. Aufl. a. a. O. S. 56.
2) „ Strohal, I. Bd. a. a. O. S. 192, Anm.

Betrachten wir nun zuerst den Abs. 2 des § 1949. Er lautet: „Die Ausschlagung erstreckt sich im Zweifel auf alle Berufungsgründe, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind.“ Folgendes Beispiel soll das in diesem Paragraphen Gesagte erklären:

A ist durch Testament seines Vetters B als Erbe berufen. Da C, der einzige Bruder B's, die Erbschaft ausschlägt und B weder einen Ehegatten noch andere Verwandte hinterlassen hat, ist A zugleich gesetzlicher Erbe B's. A schlägt die Erbschaft B's aus. A weiss nicht, dass, falls C die Erbschaft ausschlägt, er als gesetzlicher Erbe in Betracht kommt und ihm somit kraft Gesetzes die Erbschaft des B anfällt. Er schlägt lediglich als Testamentserbe die ihm angefallene Erbschaft aus. Wenn C auch seinen Erbteil ausschlägt, erfolgt an A kraft Gesetzes ein Anfall der gesamten Erbschaft des B, da er dessen gesetzlicher Erbe ist. A muss, um sich von der Erbschaft zu befreien, diese ausschlagen, d. h. also, er muss, falls er nur als Testamentserbe ausgeschlagen hat, die Ausschlagung wiederholen, wenn ihm die Erbschaft als gesetzlichen Erben anfällt und er sie nicht annehmen mag.[1]) Nehmen wir folgenden Fall: A weiss, dass er, falls C. ausschlägt, auch als gesetzlicher Erbe in Betracht kommt. Ohne stillschweigend oder ausdrücklich seine Ausschlagung zu beschränken, schlägt er den ihm testamentarisch vermachten Erbteil aus. Falls jetzt auch C seinen Erbteil ausschlägt, erhebt sich die Frage, ob A, dem jetzt die Erbschaft als gesetzlichen Erben anfällt, auch wie im ersten Falle die Ausschlagung wiederholen muss. Gemäss § 1949 Abs. 2 wird eine derartige Wiederholung unnötig. Daraus folgt aber, dass A, noch bevor aus dem betreffenden neuen Berufungsgrunde (Gesetz) die Erbschaft angefallen ist, doch schon dieselbe rechtswirksam ausschlagen kann. Wir kommen somit zu dem Ergebnis, dass auch ohne „Anfall“ eine Ausschlagung möglich ist. Notwendige Voraussetzung für die Vornahme der Ausschlagung ist daher im § 1949 lediglich der Erbfall und ein möglicherweise eintretender Anfall der Erbschaft, doch dieser nur insofern, als ja sonst die Vornahme der Ausschlagung sinnlos wäre.[2])

1) Vergl. § 1948, 1949 BGB.
2) Strohal, II. B. S. 14, 15.

Weiterhin aber muss noch geprüft werden, ob derjenige, der nach § 1949 Abs. 2 als evtl. in Betracht kommender Erbe rechtswirksam die Erbschaft ausschlagen kann, auch „Erbe“ im Sinne des § 1946 ist. Dies würde sich nur dann nachweisen lassen, wenn wir einen Zusammenhang zwischen den Bestimmungen dieser beiden Paragraphen feststellen könnten. Und in der Tat lässt sich aus den Protokollen der II. Kommission ein derartiger Zusammenhang dartun.[1])

Die Bestimmung des § 1949 Abs. 2 ist aus folgenden Erwägungen aufgestellt worden: Man wies bei der Beratung des § 2038 E. I (jetzigen § 1949) in der II. Kommission daraufhin, dass es dem Leben widersprechen würde, wollte man jemanden, der als Testamentserbe eine Erbschaft ausschlägt, ohne die Ausschlagung auf einen bestimmten Berufungsgrund zu beschränken, und der glaubt, mit dieser Erbschaft nichts mehr zu tun zu haben, diese dennoch anfallen lassen, weil sie ihm z. B. als gesetzlichen Erben zukommt. Er müsste nochmals eine Ausschlagungserklärung auch für diesen Berufungsgrund vornehmen. Das soll durch die Vorschrift des § 1949 Abs. 2 ausgeschlossen werden. Falls nun die Ausschlagungserklärung weder ausdrücklich noch stillschweigend auf alle Berufungsgründe ausgedehnt wird, so ist im Zweifel nach § 1949 Abs. 2 anzunehmen, dass sie sich nur auf die dem Erben bekannten Berufungsgründe bezieht. Diese Auslegungsregel war, wie es in den Protokollen heisst, infolge der Bestimmung des § 1946 (jetzige Fassung) für notwendig erachtet worden.[2]) Man glaubte, den Erben schützen zu müssen gegen die aus § 1823 E. II sich ergebenden Folgen. Nach diesem Paragraphen war die Annahme sowie Ausschlagung mit dem Erbfall zulässig. Da beide Erklärungen nach § 2039 E. I unwiderruflich und mit der Anfechtung der Erklärung wegen Irrtums Weiterungen verbunden waren, ja oft eine solche Anfechtung wegen Irrtums ganz ausgeschlossen war, da, wie man mit Recht hervorhob,[3]) meist ein Irrtum im Motive vorliegen werde, hatte man diese Auslegungsregel des § 2038 E. I, 1825 E. II (jetziger § 1949) aufgestellt.[4]) Jetzt konnte der Erbe ruhig

1) Vergl. Prot. II Bd. V S. 624, 625, 629.
2) „ „ II „ V S. 629.
3) „ „ II S. 625.
4) „ „ II Bd. V S. 629, mit 625.

ausschlagen oder annehmen. Denn die Ausschlagung und Annahme erstreckte sich im Zweifel nicht auf sämtliche, sondern nur auf die dem Erben zur Zeit der Vornahme der Erklärung bekannten Berufungsgründe. Das ist der Zusammenhang des § 1949 mit § 1946 BGB. Aus diesem Zusammenhang folgt nun aber der Schluss, dass in beiden Paragraphen auch derjenige, der die Ausschlagung eines Erbteils vornimmt, der „Erbe", im § 1946 die gleichen Befugnisse wie der in § 1949 hat. M. a. W.: „Erbe" bezeichnet in § 1946 auch schon denjenigen, der nur möglicher Weise als Erbe in Betracht kommen kann.

Was wir soeben für die Ausschlagung festgestellt haben, gilt auch für die Annahme der Erbschaft. Nach § 1949 Abs. 1 „gilt die Annahme als nicht erfolgt, wenn der Erbe über den Berufungsgrund im Irrtume war". Hier fragt sich, ob wir bezüglich der zeitlichen Zulässigkeit der Annahme dasselbe wie bei der Ausschlagung behaupten können, m. a. W.: ist eine Annahme einer auch nur möglicher Weise anfallenden Erbschaft möglich? Cosack[1]) ist der Ansicht, dass man diese Frage für die Annahme bejahen muss. Dies folgt, wie er in Anm. 10 auf S. 746 sagt, aus der „verschiedenen Formulierung von beiden Abschnitten in § 1949 BGB". Betreffs der Zulässigkeit der Ausschlagung bestehen nach § 1949 Abs. 2 keinerlei Bedenken. Dagegen glaube ich, kann man aus Abs. 1 des nämlichen Paragraphen die gleiche Zulässigkeit in zeitlicher Beziehung für die Annahme der Erbschaft nicht nachweisen. Man kann nur sagen, dass Abs. 1 einer derartigen Zulässigkeit nicht widerspricht. Im übrigen ist aber die Beantwortung der Frage nicht in § 1949, sondern in der Entstehungsgeschichte des § 1946 zu suchen. Wie aus den Protokollen der II. Kommission klar hervorgeht, sind hinsichtlich der zeitlichen Zulässigkeit der Vornahme der Ausschlagung und Annahme beide einander grundsätzlich gleichgestellt.[2]) Daraus folgt für § 1949, dass auch die Annahme ebenso wie die Ausschlagung aus jedem auch nur möglicher Weise eintretenden Berufungsgrunde erfolgen kann, d. h. eine auch nur evtl. anfallende Erbschaft kann angenommen oder ausgeschlagen werden. Fassen wir das bezüglich der zeitlichen Zulässigkeit der Aus-

1) Cosack, a. a. O. S. 746, Anm. 10.
2) Vergl. Prot. II Bd. V S. 625.

schlagung und Annahme der Erbschaft Gesagte zusammen, so folgt infolge des oben nachgewiesenen Zusammenhanges der §§ 1949 mit 1946, dass in § 1946 Erbe auch schon derjenige ist, der nach dem Erbfalle nur als evtl. Erbe in Frage kommt. Damit hätten wir aber gleichzeitig die Unrichtigkeit der Behauptung nachgewiesen, dass Erbe in § 1946 nur derjenige ist, dem die Erbschaft wirklich angefallen ist.[1]) Auf dieser Behauptung beruht aber auch die Folgerung der Unzulässigkeit der Annahme vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge. Denn da erst mit diesem Augenblick die Erbschaft dem Nacherben anfällt, kann er sie auch erst jetzt annehmen Ausschlagen dürfte er sie eigentlich auch erst von diesem Zeitpunkt an. Aber hiervon stellt § 2142 Abs. 1 eine Ausnahme auf, indem er die Ausschlagung schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge für zulässig erklärt.

Auf dem von uns dargelegten Standpunkt steht auch Binder. Dieser sagt: „Die Annahme setzt, in welcher Form sie auch geschehen mag, voraus, dass der Erbfall eingetreten ist. Es ist daher einerseits die Annahme der Erbschaft vor dem Tode des Erblassers wirkungslos, anderseits aber auch nicht erforderlich, dass die Erbschaft bereits angefallen ist. Daher kann auch der unter einer Bedingung eingesetzte Erbe die Annahme erklären, auch wenn die Bedingung noch nicht eingetreten ist. Denn er ist in diesem Falle Nacherbe (§ 2105 BGB.) und kann daher nach § 2142 die Erbschaft annehmen, bevor sie angefallen ist.“[2]) Ferner Goldmann-Lilienthal[3]): Die Erklärung der Annahme und Ausschlagung kann schon erfolgen, „sobald nur der Erbfall eingetreten ist“. Daher kann auch der Nacherbe vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge sich wirksam über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft erklären (§ 1946)“. Weiterhin wird diese Ansicht noch vertreten von Neumann[4]), Cosack[5]), Strohal[6]), Planck Komm., Peiser[7]), Frommhold[8]).

1) Vergl. Strohal, II. Bd. S. 14|15, Anm. 1; Planck, 3. Aufl. a. a. O. S. 56, Anm. b.
2) „ Binder, a. a. O. I. Bd. S. 106.
3) „ Goldmann-Lilienthal, a. a. O. S. 322.
4) Neumann, a. a. O. S. 545, Anm. 1 b.
5) Cosack, a. a. O. Anm. 12a auf S. 747.
6) Strohal, I. und II. Bd. a. a. O. § 28a Anm. 3; § 61a Anm. 1.
7) Peiser, a. a. O. S. 62 (4).
8) Frommhold, a. a. O. Anm. 2 zu § 1946; vergl. Wilke, a. a. O. Anm. 1 zu § 2142.

§ 11.

Die Ansicht von Kipp in Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl.

Die Unrichtigkeit seiner Behauptung in Windscheids Lehrbuch des Pandektenrechts 8. Aufl. hat Kipp erkannt und in der 9. Aufl. des nämlichen Werkes die für seine Ansicht angeführten Gründe weggelassen.[1]) Er ist aber doch Gegner der Zulässigkeit einer Annahme der Erbschaft seitens des Nacherben vor dem Eintritt der Nacherbfolge, ohne jedoch eine Begründung für seine Ansicht anzuführen. So sagt er nur: „Annahme und Ausschlagung durch den Nacherben beurteilen sich ebenso wie bei jedem anderen Erben; anstelle des Erbfalles tritt bei dem Nacherben im allgemeinen der Fall der Nacherbfolge.“ Weshalb aber beim Nacherben an Stelle des Erbfalls der Fall der Nacherbfolge treten soll, das sagt uns Kipp nicht, sondern fährt fort: „Der Nacherbe würde daher zufolge § 1946 erst mit dem Fall der Nacherbfolge annehmen oder ausschlagen können. Nach § 2142 Abs. 1 kann er aber schon ausschlagen, nicht auch annehmen, wenn nur der Erbfall eingetreten ist.“[2]) Wie hieraus hervorgeht, sieht also Kipp § 2142 Abs. 1 als Ausnahmebestimmung an, die daher auch strikt ausgelegt werden muss und somit nicht auf die Annahme erstreckt werden darf.

§ 12.

Die Ansicht von Planck im Kommentar zum BGB., 1. und 2. Aufl.

Planck steht wie Kipp auf dem Standpunkt, dass der § 2142 Abs. 1 eine Ausnahme von § 1946 enthalte. Er sieht also gleichfalls den Eintritt des Falles der Nacherbfolge als Erbfall an. Er begründet dies damit, dass es „aus der gesamten Konstruktion der Nacherbfolge, insbesondere daraus sich ergebe, dass der Nacherbe mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge wirklich Erbe wird (§ 2100 BGB.), dass ferner, wie der Erbe zur Zeit des Erbfalles, so der Nacherbe zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge gelebt haben muss (§ 2108 Abs. 1, § 1923 BGB.),

1) Vergl. Windscheid, 9. Aufl. a. a. O. S. 460 Anm. 5, mit Windscheid, 8. Aufl. S. 439 Anm. 4.

2) Vergl. Windscheid, a. a. O. 9. Aufl. S. 715, Anm. 7.

und dass mit diesem Zeitpunkt die Erbschaft dem Erben anfällt".[1]) Wie aber Planck selbst sagt, bietet für seine Ansicht das Gesetz selbst keinerlei Anhaltspunkte. Planck und Kipp sehen den Eintritt der Nacherbfolge als vollkommen selbständiges Ereignis, wie es der Erbfall ist, an. Gegen eine derartige Gleichstellung sprechen aber eine Anzahl Gründe.

Der Fall der Nacherbfolge selbst ist der Eintritt der Bedingung oder Zeitbestimmung, wodurch die vorläufige Anwartschaft auf das Erbewerden zum Erbesein wird. Es ist die Nacherbeinsetzung in Bezug auf den Erbfall bedingte Erbeinsetzung, und mit Erfüllung der Bedingung oder Zeitbestimmung tritt der vorläufig nur bedingt Berufene in die Erbenstellung ein, er wird wirklicher Erbe. Für diesen gelten alsdann die nach § 1923 aufgestellten Voraussetzungen ebenso wie für jeden anderen Erben, das ist der Zusammenhang der in § 2108 Abs. 1 gegebenen Bestimmung mit den allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen. Der Schluss aber, den Planck zieht, dass der Eintritt der Nacherbfolge, weil für den Nacherben dieselben Voraussetzungen wie für den Erben gelten, als „Erbfall" anzusehen ist, ist zu weitgehend und widerspricht diesem Zusammenhang.

Der Erblasser ordnet die Nacherbfolge an[2]), der Erblasser ist es, der die Bedingung oder Zeitbestimmung (auch indirekt bei § 2106 Abs. 2) setzt, bei deren Eintritt die Nacherbfolge stattfinden soll. Mit Erfüllung der Bedingung oder Zeitbestimmung tritt das ein, was der Erblasser aus irgend welchem Grunde nicht mit dem Augenblick seines Todes, sondern erst nach einem mehr oder weniger langen, aber sicher eintretenden Ereignis, erfüllt wissen wollte. Da mit dem Eintritte des „Falles der Nacherbfolge"[3]) der bedingt Berechtigte Erbe wird, so wird auch aus seinem „vorläufigen Anfall" ein „Vollanfall" im Sinne des § 1922 BGB. Von dem Erbfall an aber bildet die während der „Schwebezeit" bestehende Anwartschaft bis zum Eintritt der Bedingung oder Zeitbestimmung ein Bindeglied, das den Zusammenhang von Erbfall und Nacherbfall deutlich zeigt. Des-

1) Vergl. Planck, 1. und 2. Aufl., a. a. O. S. 318.
2) „ den Anfang der §§ 2103 ff. BGB.
3) „ Strohal, I. Bd. a. a. O. S. 170 betr. dieser Bezeichnung.

halb ist es m. E. unrichtig, wenn man den Fall der Nacherbfolge als „Erbfall“ behandeln will.

Gegen die von Planck vertretene Ansicht ist noch folgendes anzuführen: Wollte man die von diesem Schriftsteller vertretene Meinung konsequent durchführen, dann hätte der Nacherbe dieselbe Stellung, wie sie derjenige hat, der als „künftiger“ Erbe eines noch Lebenden in Betracht kommt. Denn was für den künftigen Erben der Erbfall ist, das muss nach Planck und Kipp für den Nacherben der Eintritt des Falles der Nacherbfolge sein. Vergleichen wir nun die rechtliche Stellung des Nacherben mit der des zukünftigen Erben. Der letztere hat, wie wir bereits im ersten Abschnitt gesagt haben, lediglich eine Hoffnung, eine Aussicht, einmal Erbe zu werden, falls er als solcher seitens eines Dritten eingesetzt ist und dessen Tod erlebt. Ob er jedoch als Erbe eingesetzt wird, das steht im freien Belieben des Dritten. Anders der Nacherbe! Er erhält mit dem Erbfall ein unentziehbares und in der Regel vererbliches Recht, eine Anwartschaft, die ausserdem gleich mit dem Erbfall gewisse auf Seite 6—8 dargetane Wirkungen äussert, und dem Nacherben schon vor dem Falle der Nacherbfolge als zukünftigen Herrn der Erbschaft gewisse Befugnisse zur Sicherung derselben dem Vorerben und Dritten gegenüber einräumt. Im übrigen verweise ich auf die am Ende des ersten Abschnittes dargelegten Rechte und Befugnisse des Nacherben vor Eintritt der Nacherbfolge. Auf seiten des Nacherben sehen wir mit dem Erbfall eine Fülle von Rechten und Befugnissen und beim zukünftigen Erben vor dem Erbfall in Wirklichkeit nichts. So ist die Rechtsstellung des Nacherben vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge. Diese Gegenüberstellung zeigt, dass es verfehlt ist, den Eintritt der Nacherbfolge als „Erbfall“ zu bezeichnen, und die für diesen geltenden Vorschriften analog auch bei dem Eintritt der Nacherbfolge anzuwenden.

Aus diesen Erwägungen halte ich die von Planck vertretene Ansicht für unrichtig. Nicht dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge, sondern dem Erbfall ist, wie überhaupt im Erbrecht, die Hauptbedeutung beizulegen.[1])

1) Vergl. auch Planck, 3. Aufl. a. a. O. S. 474 Anm.

§ 13.

Die Ansicht von Dernburg in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Ebenso wie Planck und Kipp sieht auch Dernburg den Eintritt des Falles der Nacherbfolge als Erbfall an. Dies geht aus folgendem hervor: Dernburg sagt, dass man eine Anwartschaft regelmässig wohl ausschlagen kann, dass aber die Annahme einer solchen den erbrechtlichen Grundsätzen widerspricht.[1]) Dass nun die Annahme einer Anwartschaft durchaus nicht den „erbrechtlichen Grundsätzen widerspricht", sondern vielmehr auf Grund klarer erbrechtlicher Vorschriften erfolgen kann, lehren die §§ 2177 in Verbindung mit § 2180 Abs. 2. Nach § 2177 erfolgt der Anfall eines Vermächtnisses, wenn es unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermines angeordnet ist, und die Bedingung oder der Termin nach dem Erbfall eintritt, erst mit dem Eintritt der Bedingung oder des Termins. Angenommen sowie ausgeschlagen aber kann ein derartig bedingtes Vermächtnis (Nachvermächtnis) schon mit dem Erbfall werden (§ 2180 Abs. 2 Satz 2). Aus dem Gesagten geht m. E. klar hervor, dass Dernburg mit den Worten, „dass die Annahme einer Anwartschaft den erbrechtlichen Grundsätzen widerspreche", nicht an jede, sondern nur an die Annahme einer bestimmten Art von Anwartschaften gedacht haben kann, nämlich an die Annahme der Anwartschaft auf das zukünftige Erbewerden. Diese Annahme widerspricht allerdings den erbrechtlichen Grundsätzen. Da nun aber Dernburg von einer solchen Anwartschaft bei der Nacherbschaft spricht, folgt m. E., dass auch dieser Schriftsteller den Eintritt des Falles der Nacherbfolge als Erbfall ansieht. Folgerichtig stellt er auch den Nacherben vor den Eintritt der Nacherbfolge einem zukünftigen Erben (in dem oben erörterten Sinne) gleich. Ausschlagen (hier nicht im technischen Sinne, sondern im Sinne von „abstossen" gebraucht), kann ein zukünftiger Erbe schon vor dem Erbfall in Form des Erbverzichts seine Anwartschaft. Dagegen kann er diese nicht annehmen, daher steht auch das Ausschlagungsrecht des Nacherben vor dem Eintritt der Nacherbfolge nach

1) Vergl. Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. V § 59 Nr. III. Ebenso auch Dernburg, Bürgerl. Recht, 3. Aufl. Bd. V S. 178.

Dernburgs Ansicht insofern mit den erbrechtlichen Grundsätzen überein, als ja, wie bereits gesagt, „auch ein zukünftiger Erbe" seine Anwartschaft „ausschlagen" kann. Wie nun der künftige Erbe aber diese Anwartschaft nicht annehmen kann, so kann es auch nicht der Nacherbe, denn das würde den erbrechtlichen Grundsätzen widersprechen. M. E. begeht nun Dernburg hierbei den Fehler, dass er den Unterschied zwischen dem Nacherben vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge und zwischen einem zukünftigen Erben vor dem Erbfall in dem oben dargelegten Sinne übersieht. Da Dernburgs Ansicht, dass der Nacherbe nicht vor dem Eintritt der Nacherbfolge annehmen dürfe, auf diesem Fehler beruht, ist sie zu verwerfen.

Damit erledigt sich auch die von du Chesne[1]) vertretene Ansicht. Dieser Schriftsteller will den Nacherben vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge grundsätzlich wie einen „Erben" vor dem Eintritt des Erbfalles behandeln. Er leugnet infolge dessen auch die Uebertragbarkeit und Pfändbarkeit der dem Nacherben mit dem Erbfall zustehenden Anwartschaft, da er sie, wie bei einem zukünftigen Erben, nicht als Recht, sondern als blosse Hoffnung ansieht. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht folgt aus dem von uns soeben bei Widerlegung von Dernburgs Meinung Gesagten. Ich verweise auch auf die bereits im § 5 erörterte Entscheidung des Reichsgericht i. Z. 67. Bd. S. 425 ff.

Damit ist die Zahl der Schriftsteller, die ihre Ansicht bezüglich der Unzulässigkeit einer Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge selbständig begründen, erschöpft. Alle anderen Schriftsteller, die sich gegen die Zulässigkeit einer solchen Annahme der Erbschaft aussprechen, schliessen sich mehr oder weniger an eine der hier erörterten Ansichten an.[2])

§ 14.

Die Ansicht des Oberlandesgerichts München in seiner Entscheidung vom Jahre 1907.

[3]),,Die Eheleute D. in M. hatten zur Notariatsurkunde vom 30. November 1900 einen Ehe- und Erbvertrag geschlossen, in

1) Vergl. du Chesne, a. a. O. 534 S. ff.
2) „ z. B. Kuhlenbeck, a. a. O. S. 209, Anm. 1 zu 2142; Paul Meyer a. a. O. S. 295 Anm. 2.
3) Vergl. Seuffert's Bl. für Rechtsanw., 72. Jahrg. 1907, S. 1000—1002.

dem sie allgemeine Gütergemeinschaft einführten und festsetzten, dass der erst versterbende Ehegatte von dem überlebenden beerbt werden soll, und dass die erbberechtigten Abkömmlinge der beiden Eheleute für den gesamten Nachlass des Ueberlebenden als ausschliessliche Erben eingesetzt werden, jedoch vom Nachlasse des verstorbenen Eheteils nur das zu beanspruchen haben, was davon beim Eintritte der Nacherbfolge übrig sein werde, und dass die Abkömmlinge, die nach dem Tode des zuerst sterbenden Eheteils ihren Pflichtteil verlangen, von der Nacherbfolge ausgeschlossen sind.

Die Ehefrau D. starb am 4. Februar 1903 mit Hinterlassung einer unehelichen Tochter H. Der Witwer nahm die Erbschaft an; H. erklärte am 25. April 1903 vor dem Nachlassgericht die Annahme der Nacherbfolge.

Am 17. November 1905 starb der Witwer. Am 16. Dezember 1905 erklärte H. vor dem Nachlassgerichte die Ausschlagung der Erbschaft ihres Stiefvaters.

Der Erbvertrag vom 30. November 1900 ist der H. am 1. April 1903 verkündet worden. In der Verlassenschaft des D. war Termin zur Erbvertragseröffnung auf den 6. Dezember 1905 bestimmt; da niemand erschienen war, erging Schreiben an H., dass sie nach dem Erbvertrage als alleinige Erbin berufen sei.

Am 11. Dezember 1905 wurde der Konkurs über den Nachlass des D. eröffnet. H. meldete eine Forderung auf Zahlung des Pflichtteils auf Grund Noterbrechts gegen ihre Mutter an. Der Konkursverwalter bestritt den Anspruch und machte hierbei auch geltend, dass die Annahme der Nacherbschaft die spätere Ausschlagung und das Verlangen des Pflichtteils ausschliesse . . .

In beiden Rechtszügen erging Urteil auf Feststellung der Konkursforderung.

Das Schicksal der Berufung hängt in erster Linie von der Frage ab, ob die Annahme der Nacherbschaft durch den Nacherben zulässig ist, sobald der Erbfall eingetreten ist, oder ob diese Annahme erst nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge erklärt werden kann."

Das Oberlandesgericht München als Berufungsgericht stellt sich nun auf den Standpunkt, dass eine derartige Annahme unzulässig sei, und begründet dies mit folgendem: „Nach § 1946

BGB. kann der Erbe die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist. Annahme und Ausschlagung ist ausgeschlossen, so lange der Erbfall noch nicht eingetreten ist.

Dem Nacherben fällt nun die Erbschaft nicht schon mit dem Erbfalle an, sondern er erwirbt mit diesem nur eine ihm im allgemeinen unentziehbare Anwartschaft auf die Nacherbfolge; er wird also erst mit dem Eintritte der Nacherbfolge wirklicher Erbe; es kann somit seinerseits eine Annahmeerklärung vor diesem Zeitpunkte so wenig erfolgen, wie der Erbe die noch nicht angefallene Erbschaft antreten kann . . .“

Aus der Begründung geht klar hervor, dass das Oberlandesgericht München sich der von Planck vertretenen Ansicht anschliesst und den Fall der Nacherbfolge als Erbfall ansieht. Und ebenso wie Dernburg zieht auch das Oberlandesgericht München die hieraus sich ergebende Schlussforderung, dass ebenso wie ein „zukünftiger Erbe“ vor dem Erbfall die Erbschaft nicht antreten kann, dies auch der Nacherbe vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge (hier gleich Erbfall) nicht tun dürfe; denn dann würde er ja vor dem „Erbfalle“ die Erbschaft antreten können, was jedoch den erbrechtlichen Grundsätzen direkt widersprechen würde. Nun ist aber, wie wir bereits in den §§ 12 und 13 nachgewiesen haben, der Fall der Nacherbfolge keineswegs als Erbfall anzusehen. Im übrigen verweise ich auf das bei der Betrachtung der Ansichten von Planck und Dernburg Gesagte.

Daraus geht hervor, dass man die vom Oberlandesgericht München getroffene Entscheidung nicht billigen kann.

§ 15.

Das Ergebnis der Betrachtungen von § 6 bis § 13.

Durch die kritische Betrachtung der unter § 7—13 angeführten Ansichten, die alle das gemeinsam hatten, dass sie den Eintritt der Nacherbfolge als Erbfall behandelt wissen wollten, sind wir zu folgendem Resultat gekommen: Der Eintritt der Nacherbfolge ist in Bezug auf den Erbfall als Anfall der Erbschaft im Sinne des § 1942 BGB. an den Nacherben anzusehen.

Während demnach beim „gewöhnlichen“ Erbfall sich der „Anfall der Erbschaft“ an den Erben unmittelbar anschliesst,

ist er bei der Nacherbschaft bis zum Eintritt der Nacherbfolge hinausgeschoben. Gegen eine Gleichstellung von Erbfall und Eintritt des Falles der Nacherbfolge spricht aber vor allem der grosse Unterschied, der zwischen dem Nacherben vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge und dem Erben vor dem Erbfall besteht.

Weiterhin haben wir festgestellt, dass „Erbe" im Sinne des § 1946 nicht bloss derjenige ist, dem die Erbschaft angefallen ist, sondern unter diesen Begriff auch schon diejenigen gehören, an die auch nur möglicherweise und evtl. ein Anfall der Erbschaft stattfindet.

Fassen wir diese beiden Punkte zusammen, so kommen wir bereits jetzt dazu, dass mit dem „Erbfall" d. h. dem Tode des Erblassers, dem Nacherben die Möglichkeit zusteht, auch jetzt schon, ohne also den Eintritt der Nacherbfolge abzuwarten, sich für die Annahme der Erbschaft rechtwirksam zu erklären.

Wir werden im folgenden nun einige gegen dieses Ergebnis sich wendende Behauptungen zu betrachten haben und nachprüfen, ob sie dasselbe zu erschüttern vermögen.

B. Kritische Betrachtung:

1. von weiteren Gründen, die gegen die Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge angeführt werden.

§ 16.

Die Entstehungsgeschichte des § 2142.

Man sagt, in § 2142 BGB.[1]) sei die Ausschlagung allein erwähnt, und so habe der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen wollen, dass diese Bestimmung als singuläre anzusehen, und insbesondere diese Zulässigkeit nicht auf die Annahme auszudehnen sei. Diese Behauptung ist nur dann richtig, wenn auch wirklich die ratio legis dahingehend ist. Wir wollen daher zunächst den Werdegang der §§ 2142 und 1946 BGB. verfolgen, und die Frage prüfen, ob § 2142 als Ausnahme von der Regel des § 1946 anzusehen ist.

1) Vergl. Komm. z. BGB. von Reichsgerichtsräten S. 549; Entscheidung des OLG. München, a. a. O. S. 1002; Wäntig, a. a. O. S. 407.

Dem § 2142 entspricht der § 1832 des I. Entwurf eines BGB. Er lautet[1]): „Wird die Erbschaft von dem eingesetzten Nacherben ausgeschlagen, so bleibt der Vorerbe dergestalt der Erbe, dass der Fall der Nacherbfolge als nicht eingetreten gilt.

Abs. 2. Die Ausschlagung der Nacherbschaft kann erfolgen, sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist."

Dem § 1946 BGB. entspricht dem I. Entwurf § 2033[2]): „Die Erbschaft kann, sofern nicht das Gesetz ein anderes bestimmt, nicht vor dem Beginn der Ausschlagungsfrist angenommen oder ausgeschlagen werden." Wann nun diese Ausschlagungsfrist beginnt, das bestimmt § 2030 Abs. 2 E. I.: „Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem der Erbe Kenntnis davon erlangt hat, dass die Erbschaft ihm angefallen, und aus welchem Grunde der Anfall erfolgt ist, sofern jedoch die Berufung aus einer letztwilligen Verfügung des Erblassers oder einer nach den Vorschriften des § 1945 (E. I.) der Verkündung bedürfenden Erbeinsetzungsvertrage beruht, nicht vor der Verkündung, der Verfügung oder des Vertrages."

Vergleichen wir § 1832 Abs. 2 E. I. mit dem § 2033 und § 2030 Abs. 2, so geht klar hervor, dass § 1832 Abs. 2 eine Ausnahme von der in § 2033 aufgestellten Regel betreffs der Zeit der Vornahme der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft ist. Denn während nach § 2033 in Verbindung mit § 2030 Abs. 2 die Erbschaft erst angenommen oder ausgeschlagen werden darf, nachdem der Erbe Kenntnis von dem Anfall und dem Berufungsgrunde erlangt hat und bei letztwilligen Verfügungen erst von der Zeit der Verkündung derselben, hat der Nacherbe ein Ausschlagungsrecht nach § 1832 Abs. 2 schon mit dem Anfall der Erbschaft an den Vorerben, also hier bereits mit dem Erbfall. Die Motive zum E. I. eines BGB. rechtfertigen diese Ausnahme damit, dass einem Pflichtteilsberechtigten gegenüber, der nur als Nacherbe eingesetzt ist, die für die Ausschlagung der Erbschaft geltenden Vorschriften im Hinblick auf § 1981 (E. I.) zu grossen Härten führen können. Denn „würde dem als Nacherben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten erst nach dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge gestattet, (erst dann fällt ihm nach

1) Vergl. Raetz, a. a. O. S. 369.
2) „ „ a. a. O. S. 280, 281.

§ 1804 E. I. die Erbschaft an) die Erbschaft auszuschlagen, so könnte er nach dem § 1981 E. I. den Pflichtteilsanspruch nicht geltend machen. Hiernach ist es erforderlich, ihm diese Befugnis in Abweichung von § 2033 beizulegen, sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist."

Weiterhin ist aber auch nach den Motiven für das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben das Vorhandensein einer Ausnahme von der Regel des § 2033 aus praktischen Gründen erforderlich. Denn „nicht selten werden nach den Umständen des einzelnen Falles nach stattgehabter Prüfung der Verhältnisse der Erbschaft der Vorerbe und der Nacherbe in dem berechtigten Wunsche übereinstimmen, dass der Nacherbe die Erbschaft ausschlage und der Vorerbe hierdurch unbeschränkter Erbe werde. Diese Willensmeinung würden sie, wenn nicht eine Ausnahme von § 2033 bestimmt wird, nicht verwirklichen können, weil nach dem § 1804 in Verbindung mit § 2033 der Nacherbe nicht vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge ausschlagen kann."[1])

Zwei Gründe sind es demnach, die hier die Ausnahme des § 1832 E. I. rechtfertigen: 1) Dem pflichtteilsberechtigten Nacherben soll sofort mit dem Erbfall die Möglichkeit gegeben werden, die Erbschaft auszuschlageu und seinen Pflichtteil zu verlangen.[2]) 2) soll durch die Ausschlagung die Möglichkeit einer Konsolidierung des Nachlasses in der Hand des Vorerben geschaffen werden. Zweckmässigkeitsrücksichten sind es, die zu einer Ausnahmebestimmung hinsichtlich der Ausschlagung der Erbschaft vor dem Eintritt der Nacherbfolge führten. Erreichen aber kann man dieses nur dadurch, dass man die Nacherbfolge in diesen beiden Fällen beseitigt und die „gewöhnliche" Erbfolge einführt. Hierfür aber bedarf man lediglich der Ausschlagung sofort mit dem Erbfall; denn durch die Annahmeerklärung wird ja nur der bestehende Rechtszustand bestätigt. Hieraus erklärt es sich, dass in § 1832 E. I. bloss für die Ausschlagung eine Ausnahme von der Regel des § 2033 (E. I.) gemacht worden ist. Eine Ausnahmebestimmung hinsichtlich der Annahme wäre zur Erreichung der oben erwähnten Zwecke unnötig und überflüssig gewesen. So ist das Verhältnis der Bestimmungen der §§ 1832 (jetziger § 2142) und § 2033 (jetziger § 1946) im Entwurf I.

1) Vergl. Mot. V, S. 121, 122. 2) Vergl. auch 2306 BGB.

Im Entwurf eines BGB. in der zweiten Lesung (E. II) lautet der § 1832 E. I folgendermassen: „Der Nacherbe kann die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist.

Abs. 2: Schlägt der Erbe die Erbschaft aus, so verbleibt sie dem Vorerben, sofern nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat."

Wir sehen, der § 1832 E. I hat im E. II nur eine redaktionelle Veränderung erfahren.[1]) Die Fassung dieses Paragraphen wurde am 28. Juni 1894 festgestellt.[2]) Dagegen hat der von dem Erbschaftserwerb handelnde § 2033 E. I wichtige Umänderungen erlitten. Bei der Beratung dieses Paragraphen in der zweiten Lesung lagen zwei Anträge vor. Der erste Antragsteller wollte, dass die Vorschrift des § 2033 überhaupt gestrichen werde; denn dieser Paragraph „passe nicht in ein System, dass den Erben sofort mit dem Erbfall auch ohne Kenntnis von dem Anfall und dem Grunde des Anfalls Erbe werden lasse". Weiterhin hob dieser Antragsteller noch hervor, dass in der Vorschrift des § 2033 E. I eine unnötige Bevormundung des Erben liege. „In der Mehrzahl der Fälle sei derselbe von vornherein entschlossen, die Erbschaft zu behalten. Wenn dem nicht so wäre, würde wahrscheinlich der deutsch-rechtliche Grundsatz „mortuus saisit vivum" sich nicht dem entgegengesetzten römischen Rechtssatze gegenüber in so grossen Gebieten behauptet haben."

Der zweite Antragsteller wollte, dass die Worte „oder ausgeschlagen" in § 2033[3]) gestrichen und durch folgenden Zusatz ersetzt werden: „Die Ausschlagung ist zulässig, sobald der Erbfall eingetreten ist. Im Zweifel ist anzunehmen, dass sie sich auf alle Berufungsgründe bezieht, die dem Ausschlagenden zur Zeit der Berufung bekannt waren." Betreffs der Ausschlagung stimmt somit dieser Antrag mit dem erstangeführten überein. Eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf die Zulässigkeit der Annahme mit dem Eintritt des Erbfalles hielt der Antragsteller zu 2) dagegen für gefährlich. Ausschlagen wird, so meint er, ein Erbe eine Erbschaft nur, wenn er weiss, dass sie überschuldet ist. Daher kann er ruhig bereits mit dem Erbfall ausschlagen. Wenn

1) Vergl. Prot. II, Bd. V S. 131.
2) „ Planck, 3 Aufl. a. a. O. S. 473.
3) „ Wortlaut dieser Paragraphen auf S. 28.

er aber mit dem Erbfall schon die Erbschaft annehmen könnte, so würde das im Hinblick auf die Vorschrift des § 2039 E. I mit grossen Gefahren für den Erben verbunden sein. Denn gibt er nach § 2039 einmal seine Annahmeerklärung ab, so ist dies unwiderruflich. Nimmt z. B. der Erbe eine Erbschaft in der Meinung an, er sei gesetzlicher Erbe, und später stelle sich heraus, dass er durch eine letztwillige Verfügung berufen sei, die ihm grosse Beschwerungen auferlege, so müsste er, um sich von der Erbschaft zu befreien, erst die Erklärung anfechten, was mit grossen Weiterungen verbunden sei. Einfacher sei es, wenn man der Annahme der Erbschaft nur dann Wirksamkeit beilege, falls sie nach dem Beginne der Ausschlagungsfrist abgegeben sei."[1])

Von der Mehrheit wurde alsdann folgende Fassung des § 2033 E. I beschlossen: „Die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft soll zulässig sein, sobald der Erbfall eingetreten ist (so auch § 1946 jetzige Fassung)."

War also im E. I der § 1832 eine Ausnahme von der Regel des § 2033, so hat sich im E. II eine Wandlung dahin vollzogen, dass jetzt im Gegensatz zu E. I als Regel gelten sollte, dass der Erbe schon mit dem Erbfall die Erbschaft annehmen oder ausschlagen könne. Die frühere Ausnahme ist somit im E. II zur Regel geworden, und auch noch auf die Annahme ausgedehnt worden. Zur Beratung dieses Paragraphen kam die zweite Kommission erst am 22. Januar 1895. Erst nach länger als einem halben Jahre wurde somit über die Frage entschieden, wann Annahme und Ausschlagung der Erbschaft zu erfolgen haben. Aus diesem zeitlichen Zwischenraum der beiden Beschlüsse ergibt sich, wie Strohal mit Recht hervorhebt, „dass es unmöglich die Absicht der zweiten Kommission gewesen sein konnte, durch den § 2142 Abs. 1 eine Einschränkung der erst viel später beschlossenen grundsätzlichen Entscheidung des § 1946 anzuführen."[2])

Der Grund dafür, dass man erst nach einem so langen Zeitraum zur Beratung der Bestimmung des § 1946 gekommen ist, liegt in der systematischen Gliederung des Erbrechts im E. I. Dieselbe war nämlich folgendermassen:

1) Vergl. Prot. II, Bd. V S. 625.
2) „ Planck, 3. Aufl. a. a. O. S. 473.

I. Abschnitt: Allgemeine Vorschriften.
II. „ Letztwillige Verfügung.
1. Titel. Allgemeine Vorschriften.
2. „ Erbeinseitung.
3. „ Einsetzung eines Nacherben.
Ausserdem noch ein 4., 5., 6. und 7. Titel.
III. Abschnitt: Verfügung von Todeswegen durch Vertrag.
IV. „ Gesetzliche Erbfolge.
V. „ Erbverzicht.
VI. „ Rechtsstellung des Erben.
1. Titel. Erwerb der Erbschaft.

Das Ergebnis dieser geschichtlichen Betrachtung ist folgendes: § 2142 kann unmöglich als Ausnahme von der Regel des § 1946 BGB. hingestellt werden.

Dies gesteht Planck zu, indem er sagt: „Die Ausnahme des § 2142 hat also allerdings einen anderen Charakter erhalten; sie ist nicht mehr eine Ausnahme von der Regel, dass Annahme und Ausschlagung erst nach dem Beginn der Ausschlagungsfrist zulässig ist.“ Er fährt aber dann fort, dass doch § 2142 eine Ausnahme insofern erhalte, als „beides (nämlich Annahme und Ausschlagung) erst nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge erfolgen kann.“[1])

Was ist nun zu dieser Behauptung Plancks zu sagen? Wenn man, wie Planck, der Ansicht wäre, dass der Eintritt des Falles der Nacherbfolge als Erbfall anzusehen sei und auf ersteren die für den letzteren geltenden gesetzlichen Bestimmungen Anwendung zu finden hätten, könnte man allerdings eine solche Ausnahme des § 2142 konstruieren. Wie wir aber bereits in diesem Abschnitt zu Anfang nachgewiesen haben, ist diese von Planck vertretene Meinung unrichtig. Deshalb fällt auch diese von ihm aufgestellte Behauptung als haltlos zusammen.

§ 17.

Die Anführung der Ausschlagung als argumentum a contrario gegen die Zulässigkeit der Annahme der Erbschaft vor dem Eintritte der Nacherbfolge.

Es fragt sich nun aber, ob nicht etwa durch die alleinige Anführung der Ausschlagung ein argumentum a contrario gegen

1) Vergl. Planck 1|2. Aufl. a. a. O. S. 318.

die Zulässigkeit einer Annahme gefolgert werden könnte. Im E. I war, wie wir gesehen haben, der § 1832 eine Ausnahmebestimmung von der Regel des § 2033, die man aus Zweckmässigkeitsgründen auf die Ausschlagung der Nacherbschaft beschränkte. Eine Durchbrechung der Regel des § 2033 war hinsichtlich der Annahme der Erbschaft unnötig und überflüssig. Als man nun die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft gemäss der dem § 2033 in der zweiten Kommission gegebenen Fassung schon mit dem Erbfall zuliess, blieb gleichwohl im ehemaligen § 1832 nur die Ausschlagung allein erwähnt. Der Grund hierfür ist, da in den Protokollen nichts gesagt ist, derselbe geblieben wie im E. I., d. h. also, man hielt die Erwähnung der Annahme für überflüssig. Eins aber hat sich geändert. Jetzt ist die Bestimmung des ehemaligen § 1832 nicht mehr Ausnahmebestimmung von der Regel des ehemaligen § 2033, sondern eine Wiederholung desselben, allerdings dem Wortlaute nach nur bezüglich der Ausschlagung. War im E. I die Bestimmung des § 1832 als Ausnahmebestimmung strikt auszulegen, so ist dies im E. II nicht mehr der Fall. Der Hauptgrund gegen die Zulässigkeit der Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt der Nacherbfolge ist somit weggefallen. Es bleibt also nur noch der eine Grund bestehen, dass man eine Erwähnung der Annahme der Erbschaft für unzweckmässig und überflüssig hielt. Dass nun aber dieser Grund eine solche Zulässigkeit der Annahme nicht ausschliesst, ist klar.

Da nun § 2142 Abs. 1 keine Ausnahme von der Regel des § 1946 BGB. bildet, und auch aus der alleinigen Erwähnung der Ausschlagung kein argumentum a contrario gegen die Zulässigkeit der Annahme gefolgert werden darf, so muss man die im Abs. 1 des § 2142 enthaltene Bestimmung als überflüssig bezeichnen, die man später, als man das 5. Buch systematisch neu ordnete und die Paragraphen so stellte, und ziffernmässig bezeichnete, wie wir sie jetzt haben, hätte streichen können.

Daraus aber, dass man die Streichung dieses Abs. 1 unterlassen hat, kann, wie es in Plancks Kommentar treffend heisst, „ein Schluss auf eine nachträglich gewollte Beschränkung der zeitlichen Zulässigkeit der Annahme der Nacherbschaft um so

weniger gezogen werden, als die beiden Absätze des § 2142 (Konsolidierung des Rechts des Vorerben infolge Ausschlagung des Nacherben) sachlich zusammengehören, während die Annahme der Nacherbschaft mit dem sonstigen Inhalt des § 2142 nicht zusammenhängt."[1])

Damit erledigt sich das im Komm. zum BGB. von Reichsgerichtsräten auf S. 549, ferner von Wäntig auf S. 407, der Entscheidung des OLG. München auf S. 1002 sowie auch das von Planck in seinem Kommentar 1. und 2. Aufl. S. 318 und das von Dernburg: B. R. 3. Aufl. Bd. V S. 178 Gesagte. Hier ist überall die Ansicht vertreten, dass man in § 2142 Abs. 1 eine Beschränkung der Regel des § 1946 BGB. auf die Ausschlagung sehen müsse, weil ja sonst Abs. 1 des § 2142 „sinnlos und überflüssig wäre".[2]) Die auf dem soeben angeführten Grunde beruhende Behauptung halte ich aber schon deswegen für bedenklich, weil sie eine allzugrosse Vollkommenheit des Gesetzbuches voraussetzt. Dass sie unrichtig ist, folgt aus dem vorher Gesagten.

M. E. ist somit aus der Entstehungsgeschichte der §§ 2142 und 1946 BGB. nachgewiesen, dass aus der alleinigen Anführung der Ausschlagung in dem ersteren Paragraph kein argumentum a contrario gegen die Zulässigkeit der Annahme hergeleitet werden kann. Aber auch das Gesetz selbst widerspricht einer derartigen Ansicht. Strohal führt die beiden §§ 1951 und 1957 BGB. zum Beweise an. Was nun den ersteren Paragraphen betrifft, so glaube ich, dass dieser einen zwingenden Beweis nicht liefert.

Führen wir uns das von Wäntig[3]) angeführte Beispiel vor Augen. „Der Erblasser hat seine Neffen und Nichten, abweichend von der gesetzlichen Erbfolge zu Erben eingesetzt, die Nichte A. aber unter der Bedingung, dass sie den X. nicht heiratet. Sie soll aufhören, Erbin zu sein, sobald sie diesen X. heiratet. Es ist im Testament nicht bestimmt, wer ihren Erbteil im Falle dieser Heirat erhalten soll. Nach § 2104 würden bei der Verheiratung der A. mit X. diejenigen Personen Erben ihres Erbteils sein,

1) Vergl. Planck, 3. Aufl. a. a. O. S. 473|74
2) „ Wäntig, a. a. O. S. 407.
3) Wäntig, a. a. O. S. 404

die gesetzliche Erben des Erblassers sein würden, wenn er zur Zeit der Heirat gestorben wäre. Durch § 2094 wird aber § 2104 aufgehoben, und die Neffen und Nichten des Erblassers ausser der A. werden kraft Anwachsungsrechts Nacherben ihres Anteils."[1])

Gemäss § 1951 BGB. können die Neffen und Nichten des Erblassers, denen der Erbteil der A. anwächst, den an sie entfallenden Anteil nicht mehr ausschlagen, falls sie ihren Erbteil angenommen haben. Nun gilt aber nach § 2095 der dem Erben anwachsende Erbteil als besonderer Erbteil nur in Ansehung der auf ihm ruhenden Auflagen, Vermächtnisse und Ausgleichungspflicht. Fällt nun ein derartiger „Erbteil" einem der Neffen und Nichten, die ihren Erbteil angenommen haben, zu, so sind sie Nacherben bezüglich des an sie entfallenen Erbteils der A. Der an die Nacherben entfallende Anteil des Erbteils der A fällt ihnen kraft Gesetzes auf Grund der vorher für ihren Erbteil abgegebenen Erklärung zu. Es ist demnach das auf die Nichterwähnung der Annahme der Erbschaft sich stützende argumentum a contrario, dass der Nacherbe die Nacherbschaft nicht vor dem Eintritt der Nacherbfolge annehmen dürfe, hinfällig geworden.

Hierbei ist aber, wie Wäntig schon bemerkt, zu beachten, dass der den Neffen und Nichten zufallende Anteil der A. nicht als „selbständiger", oder wie das Gesetz sagt, „besonderer" Erbteil anzusehen ist, sondern dies nur bei dem § 2095 der Fall ist. Im § 2142 aber ist unter Erbschaft ein „selbständiger", besonderer Erbteil verstanden. M. E. ist daher im § 1951 kein direkter Widerspruch gegen ein aus der alleinigen Erwähnung der Ausschlagung in § 2142 Abs. 1 etwa zu entnehmendes argumentum a contrario zu finden.[2])

Wohl aber ist dies in § 1957 Abt. 1 BGB. der Fall. Der Abs. 1 dieses Paragraphen lautet: „Die Anfechtung der Annahme gilt als Ausschlagung, die Anfechtung der Ausschlagung gilt als Annahme." Für unsere Aufgabe kommt der zweite Teil dieses Satzes in Frage. Nehmen wir an, ein Nacherbe hat die Erbschaft vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge gemäss

1) So Strohal, I. Bd. S. 155, Anm. 6; Planck, 1.—2. Aufl., Erl. 2 zu § 2094.
2) Vergl. auch Wäntig, a. a. O. S. 405.

§ 2142 Abs. 1 ausgeschlagen. Hierauf ficht er diese Ausschlagungserklärung mit Erfolg an. Die Folge wäre alsdann nach § 1957 Abs. 1, dass nun die Nacherbschaft vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge als angenommen gilt. Hieraus geht hervor, dass § 1957 einem argumentum a contrario aus § 2142 direkt widerspricht. Was Wäntig[1]) hiergegen anführt, halte ich für belanglos. Wäntig ist Anhänger der von Planck in der ersten und zweiten Auflage seines Kommentars zum BGB. vertretenen Ansicht, dass der Eintritt des Falles der Nacherbfolge als Erbfall anzusehen sei, und daher auch den für diesen gegebenen Bestimmungen unterliege, und infolgedessen § 2142 als Ausnahme von § 1946 anzusehen sei, weil er die Ausschlagung vor dem „Erbfall" zulässt. Als Ausnahmebestimmung ist somit § 2142 strikt auszulegen. Da nun aber nach § 1957 auch eine Annahme der Erbschaft vor dem „Erbfall" möglich wäre — (immer von Plancks Ansicht aus, ist hier für den Eintritt des Falles der Nacherbfolge „Erbfall" gebraucht), — so wäre dies eine Durchbrechung des Grundsatzes von § 2142. Wäntig glaubt nun, dass man eben § 1957 so aufzufassen habe: Die Anfechtung der Ausschlagung gilt als Annahme, „soweit die Annahme an sich zulässig ist". Es handelt sich also hier lediglich um einen Versuch Wäntigs, den der Ansicht Plancks widersprechenden § 1957 in einer dieser Ansicht entsprechenden Weise umzugestalten, bezw. einzuschränken. Da diese Einschränkung aus dem Gesetz selbst nicht hervorgeht, ist sie zu verwerfen.

Ueberblicken wir das Ergebnis der §§ 16, 17, so ist dies folgendes:

Die Entstehungsgeschichte der §§ 2142 und 1946 beweisen unsere im § 15 a. E. aufgestellte Behauptung, dass der Nacherbe vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge die Erbschaft auch annehmen kann. Gegen die Annahme eines argumentum a contrario spricht aber ausser der geschichtlichen Entwicklung der oben erwähnten Paragraphen noch der § 1957 BGB. Fassen wir dieses Ergebnis mit dem in § 15 gefundenen zusammen, so kommen wir zu dem Schluss, dass der Nacherbe vor dem Eintritt der Nacherbfolge die Erbschaft rechtswirksam auch annehmen kann.

1) Vergl. Wäntig, a. a. O. S. 406 unter d.

2. von Zweckmässigkeitsrücksichten, die gegen die Zulässigkeit einer Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt der Nacherbfolge sprechen sollen.

§ 18.

Die Vornahme der zur Sicherung der Nacherbschaft bestimmten Handlungen muss als „stillschweigende Annahme" der Erbschaft angesehen werden. Das ist aber eine grosse Härte für den Nacherben und spricht daher gegen die Zulässigkeit der Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge.

Im folgenden wollen wir nun noch einige aus Zweckmässigkeitsrücksichten gegen die Zulässigkeit der Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt der Nacherbfolge geltend gemachte Gründe anführen und nachprüfen, ob sie stichhaltig sind.

Planck meint, gegen die Annahme der Erbschaft vor diesem Zeitpunkt spreche insbesondere der Umstand, dass durch die stillschweigende Annahme des Nacherben dieser seines Rechts auf die Ausschlagung verlustig gehe, und so in seinen Rechten beschränkt werde. Eine stillschweigende Annahme aber ist nach Planck „immer darin zu finden, dass der Nacherbe die ihm als solchen gegenüber dem Vorerben zustehenden Rechte ausübt, dass er z. B. die Errichtung eines Inventars oder die Hinterlegung von Inhaberpapieren oder die Sicherheitsleistung fordert, unter Umständen vielleicht schon darin, dass er die von dem Vorerben geforderte Einwilligung zu einer Verfügung erteilt".[1])

Es fragt sich, ob in der Tat in allen diesen Fällen bereits eine stillschweigende Annahme liegt. Was zunächst das Gesetz selbst betrifft, so sagt es selbst garnicht, wann eine stillschweigende Annahme vorliegt. In der II. Kommission zur Beratung eines Entwurfs eines BGB. warf man allerdings die Frage auf, ob es nicht angebracht wäre, näher zu bezeichnen, was man als stillschweigende Annahme anzusehen habe, und gesetzliche Anhaltspunkte dafür zu geben. So beantragte man, dass eine „nicht unaufschiebliche Verfügung" der Erben über Nachlasssachen stets als eine Annahme der Erbschaft zu gelten habe. Dagegen hob man ausdrücklich hervor, „dass in solchen Hand-

1) Vergl. Planck, 1.2. Aufl., a. a. O. S. 319.

lungen, die der Ermittelung des Nachlassbestandes oder der Erhaltung und Sicherung von Nachlassgegenständen dienten, die Annahme nicht oder im Zweifel nicht erblickt werden sollte."[1]) Allein beide Anträge wurden als bedenklich und als zu kasuistisch abgelehnt. Es herrscht somit in dieser Beziehung freies richterliches Ermessen. Interessant ist für uns, dass nach den Motiven alle diese Handlungen, die Planck als stillschweigende Annahme ansehen will, als solche nicht anzusehen sind.

Strohal und auch Wäntig sind der Ansicht,[2]) dass man in der Vornahme der den Nacherben mit dem Erbfall zustehenden vorläufigen Rechte keine Annahme der Nacherbschaft erblicken dürfe. So sagt Wäntig, dass „keinesfalls die Ergreifung von Sicherheitsmassregeln und die Zustimmung zu Verfügungen des Vorerben als bindende Annahmeerklärungen angesehen werden dürfen."[3]) Ein Grund für diese Ansicht wird von beiden Schriftstellern nicht angeführt. M. E. ist es nicht schwierig, diesen zu finden. Er folgt nämlich aus dem Gesetz selbst. Eine positive Bestimmung ist freilich, wie schon gesagt, nicht vorhanden, aber aus dem Sinne der für den Nacherben gegebenen gesetzlichen Bestimmungen, die doch sämtlich, — man denke an die Ergreifung von Sicherheitsmassregeln oder an die Zustimmung zu Verfügungen — zum Schutze des Nacherben gegeben sind, denn ihm soll doch die Erbschaft nach Möglichkeit in dem Umfange erhalten bleiben und schliesslich zufallen, wie sie zur Zeit des Erbfalls war, geht hervor, dass diese lediglich den Vorteil des Nacherben bezweckenden Bestimmungen nicht zu seinem Schaden angewandt werden dürfen, und das würde es doch zweifellos sein, wenn man in der Ausübung dieser vorläufigen Rechte des Nacherben bereits eine Annahme und somit eine Vernichtung seines Ausschlagungsrechtes sehen wollte. Dies würde insbesondere dann zu grossen Härten führen, wenn der Nacherbe erst nachträglich erführe, dass der Nachlass überschuldet ist; denn eine Anfechtung dieser durch schlüssige Handlungen erklärten Annahme der Nacherbschaft wegen Irrtums wäre alsdann ausgeschlossen, da es sich lediglich um einen

1) Vergl. Motive V, S. 495; vergl. ferner auch Planck, III. Aufl. a. a. O. S. 49 Anm. 4.
2) „ Strohal, I. Bd. a. a. O. S. 192 Anm.
3) „ Wäntig, a. a. O. S. 409.

rechtlich unerheblichen Irrtum im Motive handeln würde. Die von Planck vertretene Ansicht ist somit nach dem soeben Dargelegten unrichtig, da sie offenbar der ratio legis widerspricht.

Damit erhebt sich aber gleichzeitig die Frage, wie denn die Annahme der Erbschaft zu erfolgen habe? Da nun für eine solche, wie bereits erwähnt, keinerlei gesetzliche Bestimmungen bestehen, dürfte es am vorteilhaftesten sein, wie Strohal hervorhebt, die Erklärung vor dem Nachlassgericht abzugeben. Man wird jedoch auch in jeder ausdrücklich den Annahmewillen zum Ausdruck bringenden Erklärung des Nacherben einem Dritten gegenüber, sofern dieser ein rechtliches Interesse daran hat, eine vollwirksame Annahmeerklärung zu erblicken haben.[1])

§ 19.

In der Annahme der Erbschaft vor dem Falle der Nacherbfolge liegt die Gefahr einer wirtschaftlichen Schädigung des Nacherben, da bis zum Eintritt der Nacherbfolge die Erbschaft völlig verändert sein kann.

Endlich wendet man noch gegen die Zulässigkeit der Annahme der Erbschaft seitens des Nacherben vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge ein, dass sie leicht grosse Nachteile für den Nacherben haben kann.[2]) Die II. Kommisson hat, so meint Planck, bestimmt, dass Annahme und Ausschlagung mit dem Erbfall erfolgen können, da es in den Bestimmungen des E. I eine unnötige Bevormundung des Erben gesehen hat. Wollte man dem Nacherben das Recht der Ausschlagung nicht geben, so argumentiert Planck weiter, so könnte man hierin gleichfalls eine Bevormundung seitens des Gesetzgebers sehen. Dagegen könne in der Nichtgewährung der Annahme der Erbschaft seitens des Nacherben vor dem Eintritt der Nacherbfolge keine Bevormundung gesehen werden, weil ja der Nacherbe noch gar nicht wissen könne, „wie sich die Verhältnisse bei dem möglicher Weise erst nach langer Zeit eintretenden Falle der Nacherbfolge gestaltet haben, und es unbillig wäre, den Nacherben vor die Alternative zu stellen, entweder auf die Ausübung der ihm als Nacherben vor dem Eintritt des Falles der Nach-

1) Vergl. Strohal, I. Bd. a. a. O. S. 192 Anm.; vergl. auch Strohal in Plancks Komm. zum BGB. S. 475.

2) So Dernburg, Bürg. R. III. Aufl. Bd. V S. 178.

erbfolge zustehenden Rechte zu verzichten, oder durch deren Ausübung das Recht der demnächsten Ausschlagung zu verlieren."[1])

Wir haben bereits gesehen, dass der Nacherbe gar nicht vor diese Alternative gestellt wird. Was nun die Bevormundung anlangt, so glaube ich, ist Planck der Ansicht, dass man dann von einer Bevormundung nicht sprechen kann, wenn der Gesetzgeber aus Fürsorge für den Erben Bestimmungen gibt, um ihn vor Nachteilen zu schützen. Es wird also dem Nacherben die Möglichkeit genommen, sich selbst Gewissheit darüber zu verschaffen, ob eine Annahme der Erbschaft ihm Vorteile bringen könne oder nicht; denn der Gesetzgeber nimmt ihm das Recht einer solchen selbständigen Nachprüfung in der Erwägung, dass der Nacherbe sich leicht über den wahren Bestand der Erbschaft vor dem Eintritt der Nacherbfolge irren könne und so Schädigungen ausgesetzt sei. Soll hierin keine Bevormundung liegen? Man ersieht hieraus, dass die Anführung einer derartigen gegen die Zulässigkeit der Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt der Nacherbfolge gerichteten Behauptung nichtssagend und unzutreffend ist.

Wie ist es nun aber mit den Nachteilen, denen sich der Nacherbe durch eine vorherige Annahmeerklärung aussetzen soll? Dieser Grund ist ebenso unzutreffend wie der soeben widerlegte. Es besteht für den Nacherben die Möglichkeit, jederzeit seine Haftung auf den Nachlass zu beschränken. Ja, man muss mit Strohal sagen, dass „eine im Voraus erklärte Ausschlagung gefährlicher ist als eine solche Annahme, durch die der Nacherbe (wegen der ihm unter allen Umständen noch möglich bleibenden Beschränkung seiner Haftung) einen unabwendbaren wirtschaftlichen Nachteil niemals erleiden kann."[2])

Wir wollen der Wichtigkeit wegen kurz die Haftung des Nacherben für Nachlassverbindlichkeiten nach dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge schildern. — Dem Erben steht die Möglichkeit offen, obwohl er als Universalsuccessor des Erblassers in alle Rechte und Verbindlichkeiten desselben eintritt, und somit grundsätzlich unbeschränkt haftet, dennoch seine Haftung bei Beobachtung gewisser Vorschriften auf den Nachlass zu be-

1) Vergl. Planck, 1. und 2. Aufl. S. 319 Anm. 3.
2) „ Strohal, in Plancks Komm. zum BGB. S. 474.

schränken. Die Haftungsbeschränkung kann nun sowohl allen als auch nur einzelnen Nachlassgläubigern gegenüber erfolgen. Dabei braucht der Erbe nur eine Voraussetzung zu erfüllen, nämlich, die ihm auf Antrag eines Nachlassgläubigers vom Nachlassgericht bestimmte Inventarfrist nicht verstreichen zu lassen und das Inventar richtig anzugeben. Gibt er dagegen dasselbe absichtlich falsch an, so haftet er unbeschränkt allen Nachlassgläubigern gegenüber. Erfüllt er aber die eben erwähnten Voraussetzungen, so steht ihm jederzeit die Beschränkung der Haftung allen Nachlassgläubigern gegenüber durch Beantragung der Nachlassverwaltung und des Nachlasskonkurses und durch die in § 1990 BGB. gewährte Möglichkeit offen.

Einzelnen Nachlassgläubigern gegenüber kann er nun durch Beantragung des Aufgebotsverfahrens und bei Nichtanmeldung der Forderung gemäss §§ 1970, 1973 die Haftung beschränken. Das Verstreichenlassen der im § 1974 bestimmten 5jährigen Ausschlussfrist führt gleichfalls eine Haftungsbeschränkung dem betreffenden Gläubiger gegenüber herbei. Ausserdem stehen dem Erben, vorausgesetzt, dass er noch nicht unbeschränkt haftet, die aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 zu, die dem Erben eine vorübergehende Befreiung von der Haftpflicht gewähren und ihm die Möglichkeit geben, sich Gewissheit über den Bestand der Erbschaft zu verschaffen.[1])

Was für den Erben gilt, gilt auch für den Nacherben. Benutzt der Nacherbe diese ihm gewährten Möglichkeiten, so ist es ausgeschlossen, dass ihm ein wirtschaftlicher Nachteil erwachsen kann, ja, der Nacherbe steht noch insofern besser als der gewöhnliche Erbe, als ihm das vom Vorerben errichtete Inventar zu statten kommt. Er braucht also kein neues zu errichten. Ebenso kommt dem Nacherben das seitens des Vorerben auf seinen Aufgebotsantrag hin erlangte Ausschlussurteil zu statten (§ 998 ZPO.)[2]). Haftet jedoch der Vorerbe den Nachlassgläubigern gegenüber unbeschränkt, so schadet das nicht etwa dem Nacherben, da dieser ja Erbe wird (§ 2100 BGB.) und somit ein selbständiges Recht auf die Inventarerrichtung hat (vergl. §§ 1993 f und 2144 BGB.). Wir kommen daher zu dem Ergebnis,

1) Vergl. Engelmann, a. a. O. S. 797—802.
2) „ Fischer-Henle, a. a. O. S. 1156.

dass in der Tat eine Annahme der Nacherbschaft vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge dem Nacherben wirtschaftliche Nachteile nicht bereiten kann.

Zugeben muss man jedoch, dass eine solche Annahme der Erbschaft, wenn auch nicht wirtschaftliche Nachteile, so doch mancherlei Umstände — man denke an die Inventarerrichtung und an die Herbeiführung der Haftungsbeschränkung und dergl. — dem Nacherben bereiten kann, falls nämlich der Nacherbe erst nachträglich erfährt, dass die Erbschaft überschuldet ist. Daher wird er besser tun, eine solche Annahme erst mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge vorzunehmen. Empfehlen wird sich eine Annahme der Erbschaft vor diesem Zeitpunkt nur dann, wenn praktische Gründe für eine solche sprechen. Ja es kann oft für den Nacherben von grossem Vorteil sein, die Erbschaft vor dem Eintritt der Nacherbfolge bereits endgültig anzunehmen. Man braucht sich bloss den Fall vor Augen zu führen, dass der Nacherbe Geld braucht, und die einzige Möglichkeit, sich dieses zu verschaffen, die Verpfändung seiner Anwartschaft auf den künftigen Eintritt der Nacherbfolge ist. Jeder Geldgeber wird sich aber hüten, dem Nacherben daraufhin Kredit zu gewähren; denn wenn auch mit Wahrscheinlichkeit der Nacherbe in kürzester Zeit eine nicht unbedeutende Erbschaft mit dem Eintritt der Nacherbfolge erhält, so kann doch noch die Möglichkeit eintreten, dass ein doloser Nacherbe die Erbschaft ausschlägt und so den Geldgeber schädigt. Erklärt dagegen der Nacherbe mit Rechtswirksamkeit die Annahme der Erbschaft, so sind für den Geldgeber keinerlei Bedenken mehr vorhanden, dem Nacherben Kredit zu gewähren.

Genau ebenso ist die Lage, wenn der Nacherbe etwa seinen Anteil am Nachlass verkaufen will. Eine solche Möglichkeit ist in den Motiven ausdrücklich anerkannt und auch das Reichsgericht erkennt sie, wie wir bereits hervorgehoben haben, an.[1]) Aber auch hier wird der Nacherbe wohl schwerlich einen Käufer finden, so lange nicht die Möglichkeit besteht, dass der Nacherbe durch die Erklärung der Annahme nunmehr rechtswirksam zum Antritt der Erbschaft mit dem Eintritt der Nacherbfolge verpflichtet ist. Als dritten und sehr praktischen Fall erwähnt

1) Vergl. Mot. V, S. 122.

Strohal folgenden: Einem Nacherben ist für den Fall, dass er ausschlägt, ein Ersatzerbe bestimmt. Will hier der Vorerbe die Erbschaft behalten, so braucht er das Recht des Nacherben nur im Wege des Erbschaftskaufes abzulösen. Er würde alsdann die Erbschaft behalten. Freilich wird er sich zu einem solchen Geschäft auch nur verstehen, falls eben feststeht, dass der Nacherbe die Erbschaft auch wirksam angenommen hat und dass somit der Ersatzerbe ausser Betracht kommt. Hier würde durch die rechtsgültige Annahme eine Reihe von Komplikationen sofort beseitigt und eine völlig klare und einfache Rechtslage geschaffen.

Endlich sei auch noch auf folgenden Fall hingewiesen. Es will der als Nacherbe eingesetzte seine vererbliche Anwartschaft in Form eines Vermächtnisses einem anderen übertragen. Da er aber fürchtet, den Eintritt der Nacherbfolge nicht zu erleben, und den Vermächtnisnehmer vor einer etwaigen Ausschlagung der Nacherbschaft seitens seines Erben schützen will, nimmt er die Nacherbschaft vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge an.[1])

Alle diese Gründe sprechen für die praktische Bedeutung der Annahme der Erbschaft vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge. Wirtschaftliche Nachteile sind mit einer solchen Annahme in keinem Falle verbunden. Wir kommen somit zu dem Schlusse, dass auch in praktischer Beziehung keinerlei Bedenken gegen die Zulässigkeit der Annahme der Erbschaft vor dem Eintritt der Nacherbfolge obwalten, sondern vielmehr mancherlei Gründe, wie wir gesehen haben, für eine derartige Zulässigkeit der Annahme sprechen.

§ 20.

C. Kurze Schlussbemerkung.

Fügen wir das Ergebnis der §§ 18, 19 unserer Betrachtung dem bereits vorher Festgestellten bei, so glaube ich, ist in überzeugender Weise der Nachweis erbracht worden, dass die in unserer Aufgabe gestellte Frage, ob der Nacherbe schon vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge die Erbschaft auch rechtswirksam annehmen kann, im Anschluss an Strohal unbedingt zu bejahen ist.

1) Vergl. hierüber Strohal in Plancks Komm. S. 474, 475; Strohal, I. Bd. a. a. O. S. 192, 193.

Lebenslauf.

Am 30. April 1886 wurde ich, Max Gabriel, in Czarnowanz Kreis Oppeln geboren als Sohn des Fabrikbesitzers Johann Gabriel und seiner Ehefrau Emma geborenen Hauer. Ich bin katholischen Bekenntnisses und preussischer Staatsangehörigkeit. Von Ostern 1898 ab besuchte ich das Königl. Gymnasium in Oppeln, wo ich 1907 das Reifezeugnis erhielt. Darauf studierte ich an den Universitäten Breslau und München Rechts- und Staatswissenschaften. Am 29. Mai 1911 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und am 25. Juli 1911 das Rigorosum. Seit dem 13. Juni 1911 bin ich als Referendar beschäftigt.